Auftragssubstitution

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Herbert Fischer

Referendar aus Rostock

Rostock

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei

1930

Referent: Professor Dr. H. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Disposition.

I. Die Begriffe „Auftrag" und „Substitution und die Auslegung des § 664 BGB.
   § 1. Der Auftrag
   § 2. Die Substitution
   § 3. Ist Auftragssubstitution nach BGB. verboten?

II. Rechtliche Wirkungen der befugten oder unbefugten Substitution.
   § 4. Ist die unbefugte Substitution als Erfüllung der dem Beauftragten obliegenden Verpflichtungen anzusehen?
   § 5. Scheidet der Beauftragte bei befugter Substitution aus dem Auftragsverhältnis aus?
   § 6. Entsteht durch befugte oder unbefugte Substitution ein direktes Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Substituten?
   § 7. Welche Wirkung hat das Erlöschen des Hauptauftrages auf das Bestehen der Substitution?

III. Haftung des Beauftragten und Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Substituten.
   § 8. Art und Umfang der Haftung des Beauftragten.
   § 9. Haftet der Beauftragte nach ordnungsmäßig vollzogener Substitution für Verfehlungen des Substituten?
   § 10. Kann der Auftraggeber mit seinem Schadensersatzanspruch direkt gegen den Substituten vorgehen?

IV. § 11. Ansprüche des Substituten gegen den Auftraggeber

Literatur.

Biermann: Bürgerliches Recht, 1. Bd. Berlin 1908.

Böckel: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96, S. 376 ff.

Cosack u. Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1. Bd. Jena 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Bd. 1899.

Dniestrzanski: Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. u. 2. Abt. Marburg 1923, 1924.

Entscheidungen der Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 12, 27, 40, 57, 58, 64, 65, 78, 93, 97, 98, 109, 114, 116.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. München 1927.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd. 1903.

Götz: Die Substitution im bürgerlichen Recht und im Prozeß. Diss. Erlangen 1923.

Hölder: Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen Dritten, in „Das Recht", Heft 12, 1908.

Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, 1. Bd. Berlin 1916.

Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgeg. von *Dr.* R. v. Jhering, *Dr.* F. Regelsberger, *Dr.* V. Ehrenberg, *Dr.* J. Unger, Bd. 30 und 53.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Juristische Wochenschrift, 1926, 1927.

Killy: Substitution beim Auftrag. Diss. Bonn 1914.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1906.

Kommentar der Reichsgerichtsräte 1928.

Kuhlenbeck: Das BGB. für das Deutsche Reich, 1. Bd. Berlin 1903.

Löwenfeld, B.: Über den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf des BGB., in dem Gutachten aus dem Anwaltsstand über die erste Lesung des Entwurfes eines BGB. Berlin 1890.

Löwenwarter: Lehrkommentar zum BGB. Berlin 1928.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6.—7. Aufl. 1914 .
Meißner: Das Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe 1896, Bd. 2.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd. Berlin 1899.
Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 53.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
Nußbaum: Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. in Vergleichung mit dem bisherigen Recht. Berlin 1898.
Oertmann: Kommentar zum BGB. 2. Band. Berlin 1929.
Planck: Kommentar zum BGB. 2. Teil. 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Bd. 1898.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann, Bd. 9 und 12.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, 12. Jahrg. 1908.
Rümelin: Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Berlin 1904.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1. Band, allgemeiner Teil 1912, 2. Bd. Schuldverhältnisse, 1. Teil 1912, 3. Teil 1929.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd., zweite Hälfte. München und Leipzig 1918.
v. Tuhr: Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, in Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgeg. von Grünhut, Bd. 25.
Unger: Handeln auf eigene Gefahr, in Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 30.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. Tübingen 1923.

I. Die Begriffe Auftrag und Substitution und die Auslegung des § 664 BGB.

§ 1. Der Auftrag.

Im täglichen Leben wird das Wort „Auftrag" sehr häufig und in mannigfacher Bedeutung gebraucht. So spricht man davon, einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte zu beauftragen, dem Gerichtsvollzieher erteilt man einen Zwangsvollstreckungs„auftrag", einen Architekten beauftragt man mit der Ausführung eines Baues, und doch liegt nur in wenigen Fällen ein Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. des BGB. vor.

Auch hier im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir das Wort „Auftrag" nicht einheitlich verwandt; so gebraucht das BGB. den Ausdruck einmal, um damit die einseitige Willenserklärung zu bezeichnen, durch die jemand einen andern auffordert, für ihn unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen. In diesem Sinne ist der Auftrag regelmäßig ohne rechtliche Wirkung [1]).

In seiner andern Bedeutung birgt sich unter dem Wort „Auftrag" der Vertrag, durch den jemand sich unentgeltlich zur Geschäftsbesorgung für einen andern verpflichtet. In der Literatur findet sich hierfür häufig erläuternd der Ausdruck „Auftragsvertrag".

Wie schon eingangs erwähnt, muß man sich hüten, in jedem Fall, wo man im Leben dem Ausdruck „Auftrag" begegnet, das so bezeichnete Verhältnis dem BGB. unterstellen zu wollen. Häufig handelt es sich um bloße Gefälligkeitsakte, d. h. die Beteiligten haben weder den Gedanken noch die Absicht, sich überhaupt rechtlich bedeutsam zu verpflichten. Ein solches „Auftragsverhältnis" kann keinerlei rechtliche Wirkungen hervorbringen. Dieser „Auftrag" ist rechtlich gar nicht erfaßbar und untersteht den Vorschriften des BGB. nicht. Der Auftrag des BGB. hingegen ist ein Vertrag; wie alle Verträge kann also ein Auftrag nur dann zustande kommen, wenn beide Parteien einen rechtlich bedeutsamen Ver-

1) Eine Ausnahme findet sich aber in § 663 BGB.

pflichtungswillen haben. Wie alle Verträge kommt auch der Auftrag nur mit der Annahme durch den Beauftragten zustande. Zur Annahme ist niemand verpflichtet. Auch § 663 BGB. sagt nichts anderes, normiert nur für gewisse Personen eine evtl. eintretende Schadensersatzpflicht. Mit der Annahme wird der Beauftragte zur Geschäftsführung verpflichtet; ein Recht darauf erlangt er nicht. Dieser und den anderen im Gesetz recht zahlreich ausgesprochenen Verpflichtungen des Beauftragten stehen auf Seiten des Auftraggebers nur sehr wenige, fast möchte man sagen, nebensächliche Pflichten gegenüber, die man sämtlich nicht als Entgelt auffassen kann. Der Auftrag ist demnach kein gegenseitiger Vertrag, sondern ein sogenannter unvollkommen zweiseitiger Vertrag [2]). Diese grundsätzlich strenge Unentgeltlichkeit wird heute fast ausnahmslos als wesentliches Begriffsmerkmal für den Auftrag angesehen [3]). Wohl kann nachträglich zwischen Auftraggeber und Beauftragten eine Vergütung ausgemacht werden, ohne daß sich an der rechtlichen Natur des Auftragsverhältnisses etwas ändert. Jedoch darf der Beauftragte nicht von Anfang an für ein Entgelt tätig geworden sein, das ihm vom Auftraggeber in Aussicht gestellt ist, derart, daß der Beauftragte einen rechtlichen Anspruch auf dieses Entgelt erhält. In dieser Unentgeltlichkeit liegt die Hauptunterscheidung des Auftrags vom Dienst- und Werkvertrag, die zwar manche starke Ähnlichkeiten aufweisen, jedoch streng auf dem Prinzip der Entgeltlichkeit aufgebaut sind.

Gegenstand des Auftrags ist die Besorgung eines ihm vom Auftraggeber übertragenen Geschäfts durch den Beauftragten. Der Beauftragte hat demnach für seinen Auftraggeber tätig zu werden, er hat zu handeln. Ein bloßes Gewährenlassen, ein Dulden kann nicht Gegenstand des Auftrags sein [4]). Durch diese Verpflichtung zum Tätigwerden unterscheidet sich der Auftrag von der Verwahrung, wo sich die Pflicht des Verwahrers in der Aufbewahrung erschöpft. Was unter Besorgung eines *Geschäfts* zu verstehen ist, ist in der Literatur sehr umstritten. Das Gesetz schweigt hierüber. Auszugehen ist davon, daß in den §§ 662 und 675 BGB. unter dem Ausdruck Geschäftsbesorgung dasselbe zu

2) *Staudinger*, II, 3. Vorbem. 2 zu § 662 BGB.

3) Eine andere, wohl völlig als überholt anzusehende Ansicht findet sich in den Motiven zum BGB. II, S. 527. Sie ist schon in den Protokollen II, S. 352 verlassen worden. Vgl. dazu auch die Ausführungen *Loewenfelds*, in den Gutachten aus dem Anwaltsstand S. 858 ff.

4) RG. 65, S. 18.

verstehen ist[5]). Beide Paragraphen stehen in ein und demselben Abschnitt, und es wäre doch sehr merkwürdig, wenn in einem Abschnitt die Bedeutung eines Ausdrucks wechseln wollte. Unter Geschäftsbesorgung nur die Vornahme von Rechtsgeschäften oder rechtlich bedeutsamen Handlungen verstehen zu wollen, ist m. E. zu eng[6]). Es sind vielmehr hierunter auch eine Reihe von tatsächlichen Verrichtungen, wenn auch wiederum nicht alle, einzubeziehen. Am besten geht man wohl vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens aus[7]), der deutlich zwischen dem geschäftlichen Tun und anderen Verrichtungen, die z. B. dem Vergnügen, der Erholung usw. gewidmet sind, unterscheidet. Unter geschäftlichem Tun verstehen wir ein Tätigwerden auf wirtschaftlichem Gebiet. Wir haben demnach unter Geschäftsbesorgung die Erledigung jeglicher Angelegenheiten zu verstehen, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen angehören[8]). Das zu besorgende Geschäft kann sowohl das Interesse des Auftragsgebers als auch das eines Dritten angehen. Keineswegs aber entsteht ein Auftragsverhältnis, wenn des Geschäft lediglich dem Geschäftskreis des Beauftragten angehört. Dann wird vielmehr meist nur ein unverbindlicher Rat vorliegen. Eine genügende Selbständigkeit auf Seiten des Geschäftsbesorgers ist natürlich nötig; denn man kann jemanden, der seinem Geschäftsherrn nur Hilfe bei seiner Tätigkeit leistet, nicht als Geschäftsbesorger bezeichnen.

Zum Schluß sei noch auf einen besonders wichtigen Unterschied eingegangen, auf den Unterschied zwischen Auftrag und Vollmacht. Schon die Entstehung der beiden Ver-

---

5) a. A. Enneccerus-Kipp-Wolff, I, 2. § 380 Anm. 5. Diese Ansicht wurde auch von Matthiaß in älteren Auflagen vertreten, ist aber in der 6. und 7. Auflage § 125 VI *A* verlassen worden.

6) Diese Ansicht wird vertreten von Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 384 I, minder entschieden auch von Isay, Geschäftsführung S. 44/45, dagegen nunmehr auch Matthiaß § 125 I *A*.

7) So Jäger, I Anm. 5 zu § 22 KO.

8) So mit Recht Crome, II, § 253, Staudinger II, 3 Anm. 2 zu § 675 BGB. RGRK. Vorbem. 2 zu § 662 BGB. Oertmann, II, Vorbem. 3*a* zu § 662 BGB. und I*h* ζαα zu § 675 BGB. Cosack u. Mitteis, I § 205, 3, RG. 97,65, OLG. 12, 273. Zu weit geht m. E. Planck, Vorbem. II zu § 662 BGB. u. Schollmeyer S. 91 ff. A. A. auch Dernburg II zu § 293 IV, Goldmann-Lilienthal § 186 Anm. 3. Vgl. hierzu auch die bei Staudinger a. a. O. a. E. angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen.

hältnisse zeigt grundsätzliche Verschiedenheiten. Wie wir oben sahen, ist zur Entstehung des Auftragsvertrages die Annahme des Auftrags erforderlich. Anders bei der Vollmacht. Die Vollmachtserteilung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Ich werde also Bevollmächtigter einer Person durch deren bloße Willenserklärung, auch ohne meine Annahme. Damit kommen wir aber noch zu einem anderen Unterscheidungsmerkmal. Aus dem Wesen des Auftragsvertrages geht hervor, daß der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags verpflichtet wird. Die Vollmachterteilung dagegen gibt eine Berechtigung zum Tätigwerden, mit andern Worten: Der Auftragsvertrag erzeugt eine Verpflichtung nach innen, die Vollmacht eine Berechtigung nach außen. Der Auftrag bedeutet ein Schuldverhältnis, die Vollmacht ein Vertretungsverhältnis [9]).

§ 2. Die Substitution.

I. Nach dem Wortlaut des § 664 BGB. besteht für den Beauftragten die Möglichkeit, den ihm erteilten Auftrag nicht selber auszuführen, sondern Dritte zur Ausführung heranzuziehen. Dies kann auf zweierlei Art geschehen. Das Gesetz unterscheidet im ersten und dritten Satz von § 664 Abs. 1 die Übertragung der Ausführung des Auftrags auf einen Dritten und die Zuziehung eines Dritten als Gehilfen. Zwischen beiden Arten macht das Gesetz einen erheblichen Unterschied. Beide Arten erfahren verschiedene Behandlungen. Uns interessiert im Rahmen dieser Arbeit nur der erste Fall, der des Satz 1. Es ist demnach eine begriffliche Unterscheidung beider Arten der Hinzuziehung Dritter festzustellen.

Die im ersten Satz behandelte Art nennt man Substitution. Was aber darunter zu verstehen ist, ist in der Literatur recht bestritten. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist nicht ganz klar; sie läßt Zweifel offen. Eins geht allerdings aus dem Wortlaut des § 664 Satz 1 hervor: Unter der Übertragung der Ausführung des Auftrags kann nur die Übertragung der gesamten Pflicht zur Ausführung des Auftrages verstanden werden. Sollte eine teilweise Übertragung auch hierunter fallen, so hätte das Gesetz das ausdrücklich vermerken müssen. So aber kann man nur die Ausführung in ihrem ganzen Umfang darunter verstehen [1]). Dieses äußere

9) RGRK. Vorbem. 3 zu § 662 BGB.

1) So RG. 78 S. 311 ff.; Hölder in „Das Recht", Bd. 12, S. 471; Rümelin § 15 S. 252.

Moment genügt jedoch noch nicht, um eine genügend scharfe Grenze gegen die Gehilfenschaft zu ziehen.

Mit Recht erhebt Rümelin das Bedenken, daß unter Umständen auch der Gehilfe den ganzen Auftrag ausführen kann, und dann doch nur die Haftung nach § 278 BGB. Platz greift[2]). Rümelin versucht nun, eine Klarstellung der Begriffe dadurch zu erzielen, daß er diejenigen Personen für die nach § 278 BGB., gehaftet wird, als Gehilfen und diejenigen, bei denen sich die Haftung auf culpa in eligendo beschränkt, als Substituten bezeichnen will. Sowohl beim Substituten als beim Gehilfen sei dann wieder zu unterscheiden, ob sie für die ganze Leistung oder für einen Teil derselben zugezogen seien. M. E. erreicht aber Rümelin durch seine Ausführungen keine klare Scheidung der beiden Begriffe. Es ist doch unmöglich, die Frage nach einem Begriff auf dem Umweg über die Haftung zu beantworten. Man kann nicht sagen: weil für den Dritten so gehaftet wird, ist er Substitut. Die Haftung ist doch erst eine Folge des Begriffes. Mit der Folge kann man aber einen Begriff nicht beweisen. Erst muß man den Begriff haben, dann kann man auf die Art der Haftung schließen, aber nicht umgekehrt. Rümelin will ferner eine Teilsubstitution gelten lassen und aus dem Gesetz herausnehmen. Nach dem bereits Gesagten bietet jedoch der Gesetzestext keine Handhabe hierfür. Rümelin sagt zuerst auch selbst, daß unter der Übertragung der Ausführung des Auftrags die Übertragung der ganzen Ausführung gemeint sei.

Wo aber liegt nun das Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen Substituten und Gehilfen? Es muß zu dem äußeren Moment der Übertragung der ganzen Ausführung noch ein inneres hinzukommen. Gemäß § 665 BGB. darf der Beauftragte bei Vorliegen besonderer Umstände von den Weisungen des Beauftragten abweichen. In der Regel bleiben die Einzelheiten bei der Ausführung des Geschäftes ihm überlassen. Er hat nur dafür zu sorgen, daß der Erfolg den Wünschen seines Auftraggebers entspricht. Der Beauftragte ist also nicht fest und starr an die ihm erteilten Anweisungen gebunden, sondern besitzt im Rahmen der ihm erteilten Richtlinien eine gewisse, manchmal nicht unerhebliche Freiheit zu eigener Willensbildung, zu selbständigem Handeln. Diese seine Stellung mit ihren Freiheiten, mit dem Raum für eigene Entschlußfassung, mit der Möglichkeit, die Lage der Dinge selbständig beurteilen und seine Handlungen

---

2) Rümelin § 15 S. 253.

den veränderten Umständen — wenn auch im Rahmen der allgemeinen Interessen des Auftraggebers — anpassen zu dürfen, muß der Beauftragte dem Dritten übertragen, dann liegt Substitution vor. Nach vollzogener Substitution hat also der Substitut statt des ursprünglichen Beauftragten die Leitung der Geschäfte in Händen[3]). Der Substitut handelt also, wie Kohler sagt, nicht als Ersatz des Verpflichteten, sondern tritt selbst in die Leistung ein, derart, daß die Verpflichtung des Leistenssollenden sich darauf beschränkt, eine taugliche Leistungsperson zu ernennen, er also nur für Verschulden in der Auswahl haftet[4]). Ist der Beauftragte bei der Übertragung mit der notwendigen Sorgfalt vorgegangen, so wird er frei. An seiner Stelle hat der Substitut die Leistung zu erbringen. Er erfüllt damit nicht eine Pflicht des Beauftragten, sondern eine eigene Pflicht.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß die Substitution auf zweierlei Art vorgenommen werden kann. Der Beauftragte kann einmal den ihm erteilten Auftrag im Namen seines Auftraggebers an den Substituten weitergeben und damit ein direktes Vertragsverhältnis zwischen diesen beiden ins Leben rufen. Er kann also als direkter Stellvertreter des Auftraggebers handeln. Für diesen Fall muß ihm allerdings eine hierauf abzielende Vollmacht seitens des Auftraggebers erteilt sein. Eine Substitution liegt aber auch dann vor, wenn der Beauftragte die Übertragung der Ausführung des ihm erteilten Auftrags im eigenen Namen vornimmt, also auf dem Wege der indirekten Stellvertretung. In der Literatur ist früher vereinzelt nur der erste Fall als Substitution angesehen worden, nicht aber der letztgenannte. Eine solche Abgrenzung kann aber nicht dem Wortlaut des § 664 BGB. entsprechen, der lediglich von der Übertragung der Ausführung des Auftrags spricht. Wollte man nur im erstgenannten Falle die Substitution annehmen, so wäre die Vorschrift in Satz 2 des § 664 BGB. überflüssig, denn es ist selbstverständlich, daß der Beauftragte, der in diesem Fall aus dem Auftragsverhältnis ausscheidet, nicht noch für das Verschulden seines Nachfolgers haften kann. Diese Bestimmung hat vielmehr gerade den zweiten Fall im Auge, wo der Beauftragte mit dem Substituten im eigenen Namen abschließt[5]). Immerhin muß der

---

3) So mit Recht Warneyer I Anm. 2 zu § 664 BGB. Dernburg II § 296 2. Planck II, 2 Anm. 2 zu § 664 BGB.

4) Kohler II § 6, III S. 19.

5) RG. 78, 311; 315.

Beauftragte genau prüfen, auf welchen der beiden Fälle eine ihm erteilte Substitutionsbefugnis gerichtet ist. Nimmt er die Übertragung auf andere Art und Weise vor, als ihm erlaubt war, so erfüllt er nicht seine Pflichten gegenüber seinem Auftraggeber [6]).

II. Haben wir oben als äußeres Merkmal für den Substituten die Übertragung als Ganzes angegeben, so können wir demgegenüber als Gehilfenschaft den Fall bezeichnen, wo der Beauftragte nur einzelne, an sich unselbständige Handlungen durch fremde Personen vollbringen läßt. Dieses Unterscheidungsmerkmal ist jedoch nicht wesentlich, wenn es auch in manchen Fällen einen brauchbaren Fingerzeig geben wird. Wie schon bemerkt, kann es vorkommen, daß der Gehilfe nicht nur Teile der Leistung, sondern diese selbst ganz bewirkt. Wesentlich ist aber, daß der Gehilfe immer seine Kräfte zu einem fremden Geschäft hergibt. Auch wenn er die Leistung ganz vollbringt, so will er doch immer nur die Verbindlichkeit seines Geschäftsherrn, des Beauftragten, dem Auftraggeber gegenüber erfüllen, und nicht seine Leistung als eigene erbringen [7]). Der Gehilfe bietet nur seine Unterstützung zu dem Geschäft dar, das an sich der Beauftragte abschließt, bei dem infolgedessen nur der Beauftragte Partei ist. Der Gehilfe wird daher nicht aus eigener Initiative heraus tätig, ihm bleibt kein Raum für eigene Willensbildung. Sein Tun wird ihm vorgeschrieben von dem Beauftragten, unter dessen Leitung er in allen Fällen steht [8]). Der Gehilfe „hilft" eben nur, wie schon das Wort sagt, bei dem Geschäft des Beauftragten [9]). Er verrichtet bloßes Zubehör der Hauptleistung; sein Tun steht nur im Dienste des Hauptgeschäfts [10]).

Wir können demnach zusammenfassend definieren: Substitution ist die Übertragung der Ausführung eines Auftrags im ganzen, derart, daß der Substitut nunmehr die Leitung des Geschäfts mit der Möglichkeit freier Willensbildung in der Hand hat, und die Leistung als eigene erbringt. Gehilfenschaft dagegen nennt man die Hinzuziehung von Personen, zu festumgrenzten Verrichtungen, die als Leistungen

6) Crome II § 253 I 2 S. 625.

7) Vgl. hierzu auch Unger, in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 390.

8) So auch Motive II S. 533, Endemann I § 80, 4, Planck II, 2 Anm. 2 zu § 664 BGB.

9) So Oertmann II Anm. 1 zu § 664 BGB. Endemann I § 80, 4.

10) Oertmann II Anm. 3c zu § 664 BGB.

des Beauftragten anzusehen sind, unter dessen ständiger Oberleitung. Bei der Substitution tritt ein Wechsel in der Person des Hauptverpflichteten ein, bei der Gehilfenschaft nicht. Man kann also den Substituten als Ersatzperson, den Gehilfen aber als Hilfsperson bezeichnen [11]).

§ 3. Ist Auftragssubstitution nach BGB. verboten?

Wie wir oben sahen, ist der Auftrag ein grundsätzlich streng unentgeltlicher Vertrag. Der Auftragsvertrag ist in der Regel starke Vertrauenssache zwischen den beiden Parteien. Der Auftraggeber sucht sich eine Person, der er am meisten Vertrauen für die Besorgung des betreffenden Geschäfts entgegenbringen zu können glaubt. Der Beauftragte wiederum nimmt den Auftrag meist nur deshalb an, weil irgendwelche bestimmten Beziehungen zwischen ihm und seinem Auftraggeber vorliegen. Es besteht also zwischen den beiden Personen in der Regel ein besonderes Vertrauensverhältnis. Aus diesem Grunde erscheint es gerechtfertigt, die Übertragung sowohl des Anspruchs auf Ausführung des Auftrags als auch der Ausführung selbst zu untersagen, wie dies im § 664 BGB. geschehen ist. Gleichwohl enthält dieser Paragraph kein strenges unumstößliches Verbot, sondern lediglich eine Auslegungsregel [1]). Dieses Verbot kann also schon durch Parteiabmachungen, sowohl ausdrückliche, als auch stillschweigende, ohne weiteres entkräftet werden. Doch noch mehr. Auch wenn unter den Parteien keinerlei Abmachungen über diesen Punkt getroffen worden sind, muß der Beauftragte nicht unter allen Umständen vor diesem gesetzlichen Verbote halt machen [2]). Es können Änderungen eintreten, die dem Beauftragten die Ausführung des Auftrags sehr erschweren, wenn nicht gar völlig unmöglich machen. Wollte man dem Beauftragten solchenfalls bei fehlender Erlaubnis die Befugnis zur Substitution versagen, so hieße das die Stellung des Beauftragten, die doch infolge

---

11) So auch RG. 78, 313; abweichend Nußbaum § 8 II S. 68 ff., der versucht, den Substituten unter den Oberbegriff „Hilfspersonen" zu pressen.

1) Das geht schon aus den Worten „im Zweifel" hervor. RGRK. Anm. 2 zu § 664 BGB. Planck Anm. 1*a* zu § 664 BGB., Oertmann Anm. 1 zu § 664 BGB. u. a.

2) Es soll im folgenden nur von der Substitution des Beauftragten die Rede sein.

der mannigfachen Pflichten und nur geringen Rechte an sich schon schwer genug ist, nur noch drückender zu gestalten. In solchen Fällen kann es sogar dem Willen des Auftraggebers entsprechen, wenn der Beauftragte die Ausführung einem Dritten überträgt. Jedenfalls hat der Beauftragte pflichtmäßig alles Für und Wider zu prüfen. Kommt er nach eingehender Prüfung der Verhältnisse und nach pflichtgemäßer Überlegung zu dem Resultat, daß eine Substitution im Interesse des Auftraggebers gerechtfertigt erscheint, und daß sie dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entspricht, so kann er die Ausführung des Auftrags einem Substituten übertragen, auch wenn ihm dies nicht ausdrücklich erlaubt war. Eine solche Befugnis ergibt sich schon aus § 665 BGB. Danach kann der Beauftragte von den Weisungen — also sogar von dem ausdrücklichen Verbot — abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen kann, daß sein Auftraggeber diese Abweichungen billigen werde. Es besteht für ihn nur die Pflicht, diese Abweichung dem Auftraggeber anzuzeigen. Auch diese kann aber bei Gefahr im Verzuge wegfallen.

Die Auslegung des § 663 BGB. muß aber auf eine weitere Grundlage gestellt werden, damit man für den Einzelfall eine befriedigende Entscheidung fällen kann. Sie muß unter Umständen auch Fälle mit einbeziehen, in denen der Beauftragte nicht unbedingt mit der Billigung durch den Auftraggeber rechnen kann, und in denen die Versagung der Substitutionsbefugnis zu unbilligen Härten führen würde.

Der Auftrag beruht auf dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Es ist nur jeweils zu prüfen, wie weit sich der Auftraggeber durch besondere Qualitäten des Beauftragten für eine besondere Leistung hat leiten lassen. Hat z. B. jemand den berühmten Porträtmaler Y mit der Herstellung eines Ölgemäldes seiner Frau beauftragt, so wird man für den Fall der Behinderung dem Y kaum die Befugnis einräumen können, einem seiner Schüler die Ausführung dieses Auftrags zu übertragen. Denn in diesem Falle kommt es doch offensichtlich auf die ganz besonderen Fähigkeiten gerade dieses Beauftragten an, die der Leistung eine ganz spezielle Note geben sollen. Anders liegt der Fall, wenn bei dem Beauftragten keine besonderen Merkmale, die ihn zur Vornahme gerade dieses Geschäfts befähigen, vorhanden sind, sondern ihm lediglich z. B. aus Freundschaft oder Bekanntschaft der Auftrag erteilt ist. Ist der Beauftragte in diesem Falle zur Ausführung des Auftrags irgendwie außerstande, so wird man ihm eine Substitutionsbefugnis einräumen können. Unter ganz bestimmten

Voraussetzungen kann der Beauftragte sogar nach Treu und Glauben zur Substitution verpflichtet sein, ganz besonders dann, wenn Gefahr im Verzuge ist[3]). Diese Pflicht jedoch zu verallgemeinern und in solchen Fällen als Regel hinzustellen[4]), geht doch wohl zu weit; denn die Pflichten des Beauftragten sind durch den Auftrag selbst begrenzt. Ihm noch weitere allgemeine Verpflichtungen aufzuerlegen, würde eine Mehrbelastung sein, die dem Beauftragten nicht zugemutet werden kann[5]). Eine solche Verpflichtung zur Substitution wird man dem Beauftragten nur dann auferlegen können, wenn anzunehmen ist, daß der Auftraggeber sie bei Kenntnis der Sachlage nicht nur billigen, sondern sogar anordnen würde[6]).

Eine besondere Substitutionsbefugnis des Beauftragten geht aber noch aus einem anderen Gesichtspunkte hervor. Häufig kommt es dem Auftraggeber nicht so sehr auf die persönlichen Eigenschaften des Beauftragten an, als vielmehr in erster Linie auf die sachgemäße Ausführung des Auftrags[7]). Es kann also im Einzelfalle das den Auftrag im allgemeinen beherrschende persönliche Vertrauensverhältnis in gewissem Maße hinter das Interesse an der Ausführung als solcher, am Erfolg, zurücktreten. Beauftrage ich z. B. meinen Freund A, meine Ersparnisse zur Bank zu bringen, und überträgt dieser die Ausführung des Auftrags dem ebenso sicheren B, da er durch Krankheit oder eine dringende Reise an der Ausführung verhindert ist, so interessiert mich doch neben dem Vertrauen auf die Ehrlichkeit des A in erster Linie die richtige Einzahlung des Geldes, d. h. der Erfolg. In solchen Fällen dem Beauftragten die Substitutionsbefugnis nicht einräumen zu wollen, würde eine übergroße Härte

3) So mit Recht Staudinger II,3, Anm. 1*a* zu § 664 BGB. Oertmann, Planck a. a. O. RGRK. Anm. 4 zu § 665 BGB.

4) Wie dies Goldmann-Lilienthal 1 § 185 Anm. 3 und Fischer-Henle Anm. 1 zu § 665 BGB. tun.

5) So auch Matthiaß § 125 III *A*, 3. Gegen eine allgemeine Pflicht zur Substitution sprechen sich auch die Motive 2 S. 531 ff. aus.

6) So auch Oertmann II Anm. 3 zu § 665 BGB. a. A. Schollmeyer S. 122.

7) Dies ist nicht nur dann der Fall, wie Hupka § 20 S. 351 meint, wenn die durch den Beauftragten auszuführenden Handlungen „von Natur aus so einfach oder in *concreto* so genau vorgezeichnet sind, daß für ein selbständiges Ermessen des Geschäftsführers kein Raum bleibt, dieser vielmehr nichts zu tun hat, als die festbestimmte Erklärung dem Dritten abzugeben". Diese Auffassung erscheint zu eng.

für den Beauftragten bilden und zwar selbst dann, wenn allzudringende Hinderungsgründe an sich nicht vorgelegen haben.

Es wird also in allen Fällen, ob strikte Weisungen betreffend die Ausführung des Auftrags vom Auftraggeber erteilt sind oder nicht, bei der Entscheidung über die Substitutionsbefugnis des Beauftragten nur zu prüfen sein, ob der Auftraggeber ein „schutzwürdiges Interesse" an der persönlichen Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten hat oder nicht. Ein solches Interesse kann sich einmal ergeben aus den persönlichen Eigenschaften des Beauftragten und zum andern aus der besonderen Art der zu erbringenden Leistung. Ist die Leistung derart mit der Person des Schuldners verknüpft, daß der Leistung durch einen anderen dieser besondere „Typus", diese besondere „Marke" fehlen würde, so wird eine Substitution als unzulässig anzusehen sein. Anders dagegen, wenn die Leistung nicht so geartet ist, daß die Person des Leistenden eine völlige Besonderheit herbeiführt, sondern der Auftraggeber lediglich ein Interesse an der ordnungsmäßigen Ausführung und an der Herbeiführung des Erfolges, gleichgültig durch wen, hat. Führt in diesem Falle die Tätigkeit des Substituten zu verkehrsmäßig gleichen Ergebnissen, so wird man dem Beauftragten unbedenklich eine Substitutionsbefugnis einräumen können, ohne damit die Stellung des Auftraggebers allzusehr zu beeinträchtigen [8]).

8) So auch Kohler, II 1 § 70 V, 1 und § 15 II.

II. Rechtliche Wirkungen der befugten oder unbefugten Substitution.

§ 4. Ist die unbefugte Substitution als Erfüllung der dem Beauftragten obliegenden Verpflichtungen anzusehen?

Haben wir im letzten Paragraphen Stellung genommen zu dem Problem, ob und in welchen Fällen dem Beauftragten die Berechtigung zur Substitution zuzuerkennen ist, so soll uns im folgenden die Frage beschäftigen, ob der Auftraggeber bei unbefugter Substitution die vom Substituten erbrachte Leistung als Erfüllung des Auftrags gelten lassen muß oder nicht. Wollte man diese Frage unbedingt bejahen, würde man zu völlig unbilligen Ergebnissen kommen. Jedoch auch eine grundsätzliche Verneinung kann nicht befriedigen.

Auszugehen ist davon, daß der Auftraggeber es sich im Zweifel nicht gefallen zu lassen braucht, daß der Beauftragte einen andern mit der Ausführung des ihm erteilten Auftrags betraut. Mit der Annahme des Auftrags wird der Beauftragte zur Erbringung der vertragsmäßigen Leistung verpflichtet, und zwar im Zweifel zur persönlichen Leistung. Ganz besonders ist dies dann der Fall, wenn dem Beauftragten der Auftrag im Hinblick auf gewisse Eigenschaften, auf seine besondere Geeignetheit gerade für dieses Geschäft erteilt ist. Überträgt er in solchen Fällen die Ausführung auf einen andern, so verliert die Leistung an Wert. Sie wird eine andere. Der Auftraggeber kann sie als Erfüllung zurückweisen, jedoch nicht, weil sie die Leistung eines Dritten ist, sondern weil sie eben eine andere Leistung ist[1]). Nicht unbedingt nötig ist, daß hier durch die Substitution dem Auftraggeber ein bestimmter Schaden entsteht. Nach dem oben § 3 gesagten genügt es, wenn durch die Substitution irgendein „schutzwürdiges Interesse" des Auftraggebers verletzt wird. Der Auftraggeber kann also in diesem Fall die Annahme der Leistung wegen ihrer vertragswidrigen Beschaffenheit als Erfüllung verweigern. Er kann daher nach wie vor

1) So Kohler II, 1 § 15 II.

von dem Beauftragten Erfüllung, d. h. Leistung des vertragsmäßig Geschuldeten verlangen, wenn eine solche noch möglich sein sollte. Ist sie nicht mehr möglich, so ist der Beauftragte zum Schadensersatz verpflichtet [2]). Mit dieser Schadensersatzpflicht werden wir uns jedoch unter § 8 der Abhandlung noch eingehender zu beschäftigen haben.

Die Zurückweisung einer vertragswidrigen Leistung als Erfüllung ist jedoch unzulässig, wenn der Auftraggeber die Substitution genehmigt hat. Dieser Fall liegt besonders auch dann vor, wenn der Beauftragte den Auftraggeber von der Substitution benachrichtigt und dieser sie stillschweigend gebilligt hat. Dann ist eine nachträgliche Weigerung, die Leistung als Erfüllung anzunehmen, nicht mehr möglich. Der Auftraggeber setzt sich sonst den allgemeinen Verzugsfolgen aus. Wir müssen jedoch noch weiter gehen. Der Auftraggeber muß die Leistung auch annehmen, wenn die Ablehnung den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwider laufen würde [3]). Mit anderen Worten: man muß bei der Beurteilung der Frage unparteiisch die beiderseitigen Interessen gegeneinander abwägen. Stellt sich hierbei die Ablehnung und das Verlangen einer Nachleistung als „Mißbrauch eines nur der äußeren Form nach bestehenden Rechtsanspruchs" dar [4]), so wird man auch in diesem Falle die Leistung als Erfüllung des Auftrags gelten lassen müssen. Auf diesen Standpunkt wird man sich ganz besonders dann stellen müssen, wenn der Substitut das Geschäft zu gutem Ende geführt hat, so daß für den Auftraggeber derselbe Erfolg eingetreten ist, als wenn der Beauftragte den Auftrag persönlich ausgeführt hätte. Ganz ohne Zweifel ist dies, wenn es dem Auftraggeber lediglich auf die sachgemäße Ausführung und den Endzweck angekommen war. Ist dieser Endzweck erreicht, so kann der Auftraggeber die angebotene Leistung nicht zurückweisen, „falls die Ausführung sachlich dem Auftrag entspricht, und

---

2) So Staudinger II, 3 Anm. 2 zu § 664 BGB. Planck 1*b* zu § 664 BGB. RGRK. Anm. 3 zu § 664 BGB. Warneyer Anm. 1 zu § 664 BGB. Oertmann II Anm. 5 zu § 665 BGB., Dernburg II, 2 § 296 Ziff. 3, Ennecceerus-Kipp-Wolff I, 2 § 381 I 1, RG. 90, 129 ff. Bd. 114 S. 269 ff. Bd. 57 S. 392 ff. Die in letztgenannter Entscheidung vorgenommene Heranziehung der §§ 325, 326 BGB. wird man jedoch ablehnen müssen, da es sich beim Auftrag ja nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt. So auch Loewenwarter zu § 665 BGB. Warneyer zu § 665 BGB.

3) So mit Recht Planck, RGRK., Warneyer a. a. O.

4) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 242 BGB.

seine Interessen durch Hinzuziehung des Substituten nicht geschädigt sind“ [5]). Sind dem Auftraggeber aus der Substitution sogar Vorteile entstanden, hat er aus der Geschäftsbesorgung des Substituten Nutzen ziehen können, so würde es jedem Billigkeitsgefühl Hohn sprechen, wollte man dem Auftraggeber das Recht einräumen, das Geschäft lediglich um der unbefugten Substitution willen zu verleugnen [6]). Er muß eben mit den Vorteilen und dem Nutzen auch die kleinen Nachteile, die durch die Abweichung von seinen Weisungen entstanden sind, in Kauf nehmen.

Die Annahme der Leistung als Erfüllung kann der Beauftragte aber noch auf eine andere Weise erreichen. Sind dem Auftraggeber durch die unerlaubte Substitution Nachteile entstanden, und ist er aus diesem Grunde abgeneigt, die Leistung als Erfüllung gelten zu lassen, so kann der Beauftragte diesen Schaden auf sich nehmen. Er kann sich zur Ausgleichung der durch die Substitution entstandenen Nachteile aus eigenen Mitteln erbieten. Tut er das, so müssen schon ganz besondere Umstände vorliegen, um dem Auftraggeber das Recht zur Ablehnung der Leistung dennoch zuzugestehen. Wenn auch eine diesbezügliche ausdrückliche Vorschrift im BGB. fehlt, so wird sich die genannte Auffassung schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herleiten lassen. Auch die Motive [7]) verweisen auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nach deren Maßgabe die Entscheidung füglich der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben könne. Auch in vor dem BGB. geltenden Rechten ist der Standpunkt vertreten, daß es im allgemeinen darauf ankomme, daß der Auftraggeber eine fehlerfreie Leistung erhält [8]).

Diesen Standpunkt nimmt u. a. auch Oertmann ein [9]).

---

5) Planck a. a. O., Oertmann II Anm. 2 zu § 664 BGB., Dernburg a. a. O.

6) Vgl. Crome II § 253 I 2 α, β.

7) Motive 2 S. 535, 536.

8) So Preuß ALR. 51 I 13: „Hat der Bevollmächtigte, der Abweichung ungeachtet, des Geschäft selbst zum Nutzen des Machtgebers ausgerichtet, und will dieser den Vorteil daraus sich zueignen, so muß er auch die Abweichung genehmigen“. — Sächs. BGB. § 1305: „Der Beauftragte darf das Geschäft unter günstigeren Bedingungen zustande bringen, als ihm aufgetragen ist. Hat er das Geschäft unter ungünstigeren Bedingungen zustande gebracht, so gilt der Auftrag nur dann als erfüllt, wenn der Beauftragte den durch die ungünstigeren Bedingungen entstandenen Nachteil übernimmt“.

9) Oertmann II Anm. 5 zu § 665 BGB., RGRK Anm. 3 zu § 665 BGB.

Er beruft sich zu dessen Rechtfertigung auf die Analogie des alten [10]) und des neuen Handelsgesetzbuches, welch letzgenanntes im § 386 Abs. 2 bestimmt: „Erbietet sich der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäftes zur Deckung des Preisunterschiedes, so ist der Kommittent zur Zurückweisung nicht berechtigt."

Gegen diese sich aus dem alten Recht ergebende und ins neue Recht übernommene Anschauung, daß der Auftraggeber zur Annahme verpflichtet sei, wenn der Beauftragte die Nachteile ausgleicht, ist eingewendet worden, man dränge damit dem Auftraggeber eine Schenkung auf [11]). Das trifft jedoch nicht zu. Es fehlt einmal die Schenkungsabsicht auf Seiten des Beauftragten; denn dieser ist verpflichtet, den Auftrag verabredungsgemäß zu erfüllen. Er wird also bestrebt sein, das Geschäft für den Auftraggeber verbindlich zu machen, um den ihm evtl. winkenden Nutzen sich nicht entgehen zu lassen. Erfüllt er seinen Auftrag nicht ordnungsgemäß, so droht ihm unter Umständen eine Schadensersatzpflicht, die von sich abzuwälzen bei der Nachteilsausgleichung seine Absicht sein wird. Bei dieser Willensrichtung des Beauftragten kann aber von Schenkungsabsicht keine Rede sein. Fehlt aber die Schenkungsabsicht, so fehlt damit ein wesentliches Merkmal der Schenkung überhaupt. Auf der andern Seite fehlt aber gleichzeitig jegliche Bereicherung des Auftraggebers. Er ist nach dem Auftragsvertrag berechtigt, die ausbedungene Leistung zu fordern. Kann der Beauftragte diese vertragsmäßige Leistung nur erbringen, indem er evtl. vorhandene Nachteile aus seinen Mitteln ausgleicht, so bekommt der Auftraggeber doch nicht mehr als er nach dem Vertrag zu verlangen hatte [12]).

Zusammenfassend wird man also die zu Anfang gestellte Frage dahin beantworten können: Ist die unbefugte Substitution ohne irgendwelchen schädigenden Einfluß auf den Enderfolg des Auftrags geblieben, so muß der Auftraggeber die Leistung als Erfüllung gelten lassen. Ist dagegen die Leistung des Substituten unter Berücksichtigung des schutzwürdigen Interesses des Auftraggebers als eine ihrem Wesen nach anders geartete anzusehen, so braucht der Auftraggeber sie nicht als Erfüllung anzunehmen. Gelingt es aber dem Beauftragten, die Nachteile dieser ungenügenden Leistung

---

10) Art. 364.

11) So Mot. II S. 536.

12) Vgl. hierzu auch die zutreffenden Ausführungen von Dertmann II Anm. 5 zu § 665 BGB.

aus eigenen Mitteln derart auszugleichen, daß sie unter Berücksichtigung aller Interessen des Auftraggebers als die ursprünglich geschuldete anzusehen ist, so ist dieser zur Genehmigung verpflichtet.

§ 5. Scheidet der Beauftragte bei befugter Substitution aus dem Auftragsverhältnis aus.

Anschließend ist es von Interesse zu untersuchen, welchen Einfluß die befugte Substitution auf das bestehende Auftragsverhältnis hat, ob der Beauftragte durch sie seine Pflichten erfüllt und aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet.

§ 664 BGB. sagt: „Ist die Übertragung gestattet, so hat der Beauftragte nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten." Der Wortlaut erscheint eigentlich recht klar. Und doch finden wir in der Literatur mannigfache entgegengesetzte Ansichten darüber.

Zurückgreifend sei noch einmal wiederholt, daß die Erfüllung eines Vertrages weitgehend beeinflußt werden kann dadurch, daß die geschuldete Leistung durch einen Dritten erbracht wird. Allerdings ist nicht so sehr maßgebend der Umstand, daß sie von einem andern als dem ursprünglich Verpflichteten erbracht wird, als vielmehr, daß die Leistung dadurch ihrem Wesen nach erheblich verändert werden kann, oder ihre besondere Note verliert, kurz, eine andere als die anfangs geschuldete wird. Liegt dies alles nicht vor, erscheint die Leistung als nicht verändert, so ist sie als Erfüllung anzusehen ohne Rücksicht darauf, ob sie von einem andern erbracht ist. Ist die Leistung jedoch durch den Wechsel in der Person des Schuldners eine andere geworden, so kann der Auftraggeber sie mit Recht als Erfüllung ablehnen. Diese Grundsätze auf die unbefugte Substitution angewendet, ergeben, daß im letzten Fall eine Befreiung des Schuldners aus dem Obligationsverhältnis nicht eintritt. Im ersten Fall dagegen wird der Schuldner frei. Wie wir sahen, kann diese Wirkung auch dadurch hervorgerufen werden, daß der Schuldner sich erbietet, die Nachteile der durch den Substituten erbrachten Leistung aus eigenen Mitteln auszugleichen, und daß der Gläubiger die ihm angebotene Leistung genehmigt. Die unbefugte Substitution an sich hat demnach keinerlei Einfluß auf das Bestehen des alten Auftragsverhältnisses. Der Beauftragte scheidet erst dann aus dem Auftragsverhältnis aus, wenn der Auftraggeber die Leistung des Sub-

stituten als Erfüllung der an sich dem Beauftragten obliegenden Pflichten ansehen muß.

Anders dagegen ist es, wenn dem Beauftragten ausdrücklich die Befugnis zur Übertragung der Ausführung erteilt ist. In diesem Fall hat er nur „ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten." Seine Geschäftsführungspflicht erstreckt sich nur bis zum Zeitpunkt der Übertragung. Ist der Beauftragte bei der Übertragung des Auftrags mit der nötigen Sorgfalt vorgegangen, so erlischt diese Pflicht für ihn. Sie geht auf den Substituten über. Der hat nun den Erfolg, auf den der Auftrag hinzielte, zu erbringen und hat naturgemäß auch dafür einzustehen. Der Erstbeauftragte aber kann für den Erfolg jetzt nicht mehr aufkommen, da die dahingehende Tätigkeit seinem Einfluß entrückt ist. Er ist infolgedessen für ein Verschulden des Dritten nicht mehr verantwortlich, sondern hat nur ein Verschulden zu vertreten, das ihm bei der Übertragung des Auftrags, bei der Auswahl des Dritten, bei den diesem erteilten Anweisungen zur Last fällt[1]). Mit der erlaubten ordnungsgemäßen Übertragung hat er regelmäßig seine Verpflichtungen erfüllt, er scheidet also insoweit aus dem Auftragsverhältnis aus.

Es können allerdings für den Beauftragten noch gewisse Pflichten fortbestehen, sei es infolge ausdrücklicher Abmachung, sei es auf Grund der allgemeinen Auftragsbestimmungen. So trifft den Beauftragten gemäß § 667 BGB. evtl. eine Herausgabepflicht. So kann der Beauftragte auf Grund vertraglicher Bindung weiterhin verpflichtet sein, den Substituten zu überwachen, die Anweisungen des Auftraggebers an ihn weiterzuleiten u. a. Durch das Bestehen solcher Pflichten wird aber, wie das Reichsgericht mit Recht bemerkt[2]), die Substitution mit ihren Folgen nicht ausgeschlossen.

Zur eingehenden Erläuterung des vorliegenden Problems ist es nötig, sich zu vergegenwärtigen, daß die Übertragung der Auftragsausführung auf zweierlei Art vorgenommen werden kann. Der Beauftragte kann hierbei einmal als direkter Stellvertreter, also im fremden Namen handeln, wenn mit dem Auftrag zugleich eine dahingehende Vollmacht verbunden ist, oder aber als mittelbarer Vertreter, indem er den Substituten im eigenen Namen bestellt[3]).

1) Goldmann-Lilienthal I § 183, 5 S. 695. Motive II S. 532, Unger in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 391, Crome II § 253 I 2 S. 625.

2) RG. 78, S. 310 ff.

3) Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 381 Anm. 2.

Im ersten Fall tritt der Substitut als Verpflichteter an die Stelle des Beauftragten. Der Substitut wird dann regelmäßig „nicht Vertreter des Bevollmächtigten, dessen Angelegenheiten ja gar nicht in Frage stehen, sondern unmittelbarer Bevollmächtigter des Vollmachtgebers“ [4]). Es entstehen also keine Ansprüche zwischen dem Substituenten und dem Substituten, sondern lediglich unmittelbar zwischen dem letztgenannten und dem Auftraggeber. Alle Wirkungen der Tätigkeit des Substituten treten direkt in der Person des Auftraggebers ein. Der Beauftragte ist nach der ordnungsmäßig vollzogenen Substitution vollkommen Luft. Er hat alles getan, was ihm zu tun oblag. Für ihn sind alle Verpflichtungen erloschen. Er ist vollkommen frei [5]).

Eine andere Ansicht wird von Hupka vertreten. Er meint, der Substituent bleibe auch nach der Substitution bevollmächtigter Prokurator des Prinzipals, und der Substitut sei nicht sein Rechtsnachfolger in dem zwischen ihm und dem Prinzipal begründeten Gestions- und Vollmachtsverhältnis. Die Substitution sei vielmehr ein neuer Auftrag und eine neue Vollmachtserteilung des Substituenten, und der Substitut werde daher Mandatar und Bevollmächtigter des letzteren, nicht des Prinzipals. Der Substitut sei zwar Stellvertreter des Prinzipals, aber Beauftragter und Bevollmächtigter des Substituenten [6]). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß nach den allgemeinen Bestimmungen der Vollmacht dieser mit Vollmacht verbundene Auftrag seine Wirkungen in der Person des Auftraggebers hervorruft, da alle Rechtshandlungen des mit Vollmacht versehenen Beauftragten wie eigene Handlungen des Auftraggebers anzusehen sind. Damit wird aber der Substitut Beauftragter und Bevollmächtigter des Auftraggebers, und der Erstbeauftragte scheidet als überflüssig aus [7]).

Der Beauftragte kann sich seinen Substituten aber auch im eigenen Namen bestellen. Bei dieser Bestellung des Dritten im eigenen Namen ist Planck der Meinung, daß der Beauftragte nicht ausscheidet, sondern seinerseits dem Auftraggeber für die Ausführung des Auftrags haftbar bleibt und für den Dritten einzustehen hat [8]). Diese Auffassung verstößt jedoch gegen die gesetzliche Bestimmung des § 664

4) Biermann, § 74 III S. 267.

5) Goldmann-Lilienthal I § 183 Anm. 4 S. 695. Vgl. auch Dernburg § 296 I 5.

6) Hupka, § 20 S. 356.

7) So auch Killy, § 6 S. 47.

8) Planck Anm. 1c zu § 664 BGB.

BGB. und ist darum nicht zu billigen. In diesem Paragraphen heißt es ausdrücklich, daß der Beauftragte bei befugter Substitution nur ein „ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten hat". Für ein weiteres „Haftbarbleiben für die Ausführung" und „Einstehenmüssen für den Dritten" ist also kein Raum. Diese Bestimmung aber nur auf den Fall der unmittelbaren Stellvertretung anzuwenden, ist nicht angängig. Daß ein Beauftragter, dessen Vertrag beendet ist, für die Versehen seines Nachfolgers nicht haftet, ist, wie das Reichsgericht richtig ausführt[9]), eine Selbstverständlichkeit, die der Hervorhebung im Gesetz nicht bedurft haben würde. Die Fassung des Satz 2 ergibt vielmehr deutlich, daß die Beschränkung der Haftung auf sorgfältige Auswahl und Unterweisung auch dann eintreten soll, wenn der Beauftragte mit dem Dritten im eigenen Namen kontrahiert, also nur selber Ansprüche gegen ihn gewinnt.

Auf den Fall der Substitution im eigenen Namen könnten Hupka's Ausführungen[10]) passen. Hier liegt allerdings ein neuer Auftrag vor. Der Substitut wird hier Geschäftsführer des Beauftragten, während dieser an sich als Beauftragter in dem alten Auftragsverhältnis verhaftet bleiben würde. Das würde sich aus der Lehre von der mittelbaren Stellvertretung ergeben[11]). Dem steht jedoch wiederum die ausdrückliche Bestimmung des § 664 I 2 BGB. entgegen. Danach ist lediglich erforderlich, daß die Ausführung des Auftrags ganz und gar auf den Substituten ordnungsgemäß übertragen wird, um eine Befreiung des Beauftragten von der strengen Haftung eintreten zu lassen. Der Beauftragte hat also auch in diesem Fall durch die Erteilung des neuen, dem ursprünglich erteilten gleichen Auftrags seiner Vertragspflicht genügt[12]). Der Beauftragte ist danach, sobald er den Einfluß auf die Erledigung des Geschäfts aus der Hand gegeben hat, wie Isay bemerkt, gar nicht mehr Gestor, er haftet überhaupt nicht mehr aus der Geschäftsführung, sondern aus dem Vertrage, nicht mehr aus der obligatio negotii gesti, sondern aus der obligatio mandati[13]). Der Beauftragte kann also nach erlaubter Übertragung nicht mehr für die Geschäftsführung einstehen, sondern hat nur noch für die Erfüllung seines Auftrags aufzukommen. Als Erfüllung

9) RG. Band 78 S. 311 ff.
10) Hupka a. a. O.
11) Vgl. dazu Enneccerus-Kipp-Wolff, I 1 § 167 I.
12) Killy, § 6 S. 44.
13) Isay, § 6 S. 115.

ist aber die Übertragung auf den Substituten, die ihm ja gestattet ist, anzusehen. Er hat also nur noch Fehler bei der Auswahl und der Unterweisung des Substituten zu vertreten. Hat er einen geeigneten Substituten ausgesucht, so hat er seiner Verpflichtung Genüge geleistet [14]).

Allerdings bleibt ihm noch eins zu tun übrig. Er muß die ihm gegen den Substituten zustehenden Ansprüche an den Auftraggeber abtreten [15]). Daß dieser Übergang der Ersatzansprüche schon durch die bloße ordnungsmäßige Substitution auf Grund einer cessio ficta erfolgen soll, kann nicht gebilligt werden. Eine cessio ficta als Prinzip gibt es im BGB. nicht [16]). Sie zu konstruieren, ist auch gar nicht nötig. Die Pflicht zu dieser Abtretung der Ansprüche ergibt sich aus dem § 667 BGB. und ist lediglich ein Teil der hier normierten allgemeinen Herausgabepflicht des Beauftragten [17]).

§ 6. Entsteht durch unbefugte oder befugte Substitution ein direktes Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Substituten?

Eine andere und von dem im Vorhergehenden behandelten gänzlich verschiedene Frage ist es, ob durch unbefugte oder befugte Substitution der Substitut in direkte Vertragsbeziehungen zum Auftraggeber tritt.

Für den Fall, daß dem Beauftragten die Substitution nicht gestattet ist, erscheint die Beantwortung der Frage unschwer zu sein. Wie oben § 4 der Abhandlung darlegt, ist die Leistung des Substituten nur dann als Erfüllung der dem Beauftragten obliegenden Pflichten anzusehen, wenn sie dem Vertrage entspricht, und durch sie kein schutzwürdiges Interesse des Auftraggebers verletzt wird. Ist das nicht der Fall, kann der Auftraggeber die Leistung als Erfüllung ablehnen und vom Beauftragten nach wie vor Leistung des Geschuldeten verlangen. Daraus geht hervor, daß der Beauftragte durch die Substitution an sich seine Verpflichtungen nicht erfüllt, sondern ungeachtet dessen, daß er die Ausführung des Auftrags einem andern übertragen hat, fernerhin dem Auftraggeber verhaftet bleibt. Der Auftraggeber hat es

14) So Protokolle II S. 355, RG. Bd. 109 S. 302 Nr. 83.
15) So Goldmann-Lilienthal I § 183 Anm. 4, Loewenwarter zu § 664 BGB.
16) Motive 2 S. 533.
17) Vgl. des näheren über diese Frage § 9 der Abhandlung.

also nur mit ihm zu tun. Nur zwischen diesen beiden Personen bestehen vertragliche Bindungen, während der Substitut in keinerlei Beziehungen zum Auftraggeber tritt. Das geht auch daraus hervor, daß auf beiden Seiten, zum mindesten aber auf Seiten des Auftraggebers, der Wille, mit der andern Partei in ein direktes Vertragsverhältnis zu treten, fehlen wird. Ohne diesen Willen kann aber ein solches Vertragsverhältnis nicht zustande kommen. Für den Fall der unbefugten Substitution können wir also die anfangs gestellte Frage ohne weiteres verneinen.

Aber auch bei befugter Substitution werden wir die Frage, ob direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten entstehen, nicht unbedingt bejahen können. Davon auszugehen ist, daß die bloße Substitution diese Wirkung überhaupt nicht haben kann. Substitution ist eben nur die Übertragung der Ausführung des Auftrags auf einen andern. Welche Wirkungen die Substitution haben soll, ist aus der einfachen Übertragung nicht zu ersehen. Um sich hierüber Klarheit verschaffen zu können, muß man auf den zwischen dem Substituenten und dem Substituten geschlossenen Vertrag eingehen [1]), der sich zwar mit der Substitution regelmäßig vollkommen decken wird, nichts destoweniger aber streng von ihr zu unterscheiden ist. Auch die befugte Substitution an sich bringt also noch kein direktes Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Substituten zustande [2]).

Nun kann in der Substitutionsbefugnis die Ermächtigung für den Beauftragten einbegriffen sein, im Namen und in Vertretung des Auftraggebers mit dem Substituten einen neuen Vertrag in der Weise zu schließen, daß zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten unmittelbare Rechtsbeziehungen erwachsen. Daß diese Vollmacht aber im Zweifel in der Substitutionsbefugnis zu finden sein werde, wie Planck [3]) meint, kann wohl doch nicht so ohne weiteres angenommen werden. Diese Absicht des Auftraggebers muß klarer erkennbar hervortreten als in der bloßen Erteilung der Substitutionsbefugnis. Ist diese Vollmacht aber gleichzeitig mit der Erlaubnis zur Substitution erteilt, und kommt der Beauftragte dieser Ermächtigung nach, handelt er also bei der Bestellung des Substituten als direkter Stellvertreter

---

1) Planck Anm. 1*d* zu § 664 BGB.

2) Staudinger Anm. 3 zu § 664 BGB. Oertmann Anm. 4*a* zu § 664 BGB.

3) Planck, a. a. O.

des Auftraggebers, so wird dieser aus der Substitution direkt berechtigt und verpflichtet. Es entstehen also in diesem Fall direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten [4]). Ob die Substitution aber allgemein diese Wirkung hat, ist eine Frage, auf die das Gesetz bewußt keine Antwort erteilt, deren Beantwortung also den Umständen vorbehalten bleiben muß [5]).

Die befugte Substitution kann aber noch auf eine andere Weise vorgenommen werden. Der Beauftragte braucht dem Substituten nicht in fremden, des Auftraggebers, Namen zu ernennen, er kann ihn auch unter Umständen in eigenem Namen bestellen. Er kann also als sogen. indirekter Stellvertreter handeln. Wohl will er auch in diesem Fall dem Auftraggeber die rechtlichen Wirkungen zukommen lassen, doch tritt er äußerlich als für sich selbst handelnd auf [6]). Demzufolge wird auch nur er aus dem Substitutionsvertrag berechtigt und verpflichtet. Es entstehen nur zwischen ihm und dem Substituten Vertragsbeziehungen, nicht aber zwischen dem Substituten und dem Auftraggeber. Will der Beauftragte die Wirkungen aus der Substitution dem Auftraggeber zukommen lassen, so bedarf es noch eines weiteren Rechtsgeschäftes zwischen den beiden. Ein Übergang kraft Gesetzes findet nicht statt [7]).

Will der Auftraggeber demnach gegenüber dem Substituten Rechte geltend machen und verfolgen, so kann er dieses immer nur auf dem Umwege über seinen Erstbeauftragten auf Grund des § 667 BGB. tun. Hier führt nicht

---

4) Staudinger, Planck a. a. O., Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 381 Anm. 2, Protokolle 2 S. 355, OLG. Bd. 9 S. 294/95 und Bd. 12 S. 23 ff.

5) Motive II S. 533. Unklar ist es also, Dernburg II 2 § 296 5: „Ist der Substitut vom Beauftragten befugterweise bestellt, und gilt er infolgedessen als Vertreter des ersten Auftraggebers ..."

6) Eine eingehendere Behandlung der indirekten Stellvertretung soll im folgenden nicht stattfinden. Zugrunde gelegt werden soll die herrschende und m. E. richtige Meinung, wonach die „indirekte Stellvertretung" eigentlich keine Stellvertretung im Sinne des BGB. ist, und daher durch sie keine Rechtsbeziehungen zwischen dem „Vertreter" und dem (in Wahrheit nicht) „Vertretenen" entstehen. A. M. Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, und in Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 358 ff.

7) Staudinger, Vorbem. 8 zu § 164 BGB., Enneccerus-Kipp-Wolff I 1 § 167.

wie bei der Substitution in fremdem Namen eine gerade Linie vom Auftraggeber zum Substituten. Es existieren vielmehr zwei Linien: Auftraggeber — Beauftragter und Beauftragter — Substitut, die in der Person des Beauftragten ihren Berührungspunkt haben.

Mit diesen Ausführungen ist auch Stellung genommen zu den Ansichten von Hoelder und Hupka. Wenn Hoelder [8]) sagt, der Substitut übernehme den Auftrag als einen durch die Übertragung nicht mehr für seinen Vorgänger, sondern für ihn bestehenden und habe daher dem Auftraggeber gegenüber alle Verbindlichkeiten und Rechte eines Beauftragten, so werden wir diesem Standpunkt nur insofern beipflichten können, als der Beauftragte auf Grund einer ausdrücklichen Vollmacht in fremdem Namen gehandelt hat. Nur in diesem Fall hat er also direkte Vertragsbeziehungen zwischen dem Substituten und seinem Auftraggeber ins Leben gerufen.

Demgegenüber werden wir Hupkas Ansicht [9]), die aus dem Substitutionsvertrage entspringenden Rechte und Pflichten entständen nur zwischen dem Substituenten und dem Substituten, als zu eng bezeichnen müssen. Dies ist nach den gemachten Ausführungen nur bei der Substitution im eigenen Namen anzunehmen. Nur hier kann also der Substituent vom Substituten aus eigenem Rechte „ordnungsmäßige Gestion, Rechnungslegung, Restitution usw. verlangen, wie er andererseits persönlich verpflichtet ist, dem Substituten den Lohn und den Ersatz von Aufwendungen und Schäden zu leisten [10])".

Aber auch auf einem anderen Wege, das sei der Vollständigkeit halber hier noch bemerkt, ist es für den Beauftragten möglich, eine direkte Leistungspflicht des Substituten an den Auftraggeber ins Leben zu rufen. Er kann mit dem Substituten einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschließen, d. h. er kann sich bei Vertragsabschluß von dem Substituten versprechen lassen, daß dieser seine Leistung direkt dem Auftraggeber erbringt. Dies ist wiederum auf zweierlei Art möglich. Der Versprechende (Substitut) kann sich einmal dem Versprechensempfänger (Beauftragten) gegenüber zur Leistung an den Dritten (Auftraggeber) verpflichten, ohne daß hieraus dem Dritten (Auftraggeber) ein direktes Recht auf die Leistung erwachsen soll. Die Vertragsabmachung

---

8) Hoelder in „Das Recht" Bd. 12 1908 S. 469 ff.
9) Hupka § 20 S. 360.
10) Hupka, a. a. O.

zwischen Substituten und Substituenten kann aber auch zum andern darauf hinauslaufen, daß der Auftraggeber aus diesem Vertrag unmittelbar ein Recht auf die Leistung erwerben soll[11]).

Der Vertrag zu Gunsten Dritter ist nicht zu verwechseln mit der Stellvertretung. Für die Unterscheidung von der direkten Stellvertretung wird man es als richtig anerkennen können, wenn Dniestrzanski[12]) sagt, „Der Stellvertreter schließt den Vertrag nur im Namen und für den Vertretenen ab und will daher selbst in kein obligatorisches Verhältnis zu seinem Kontrahenten treten; bei dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten schließt dagegen der Promissar nicht anstatt eines Dritten den Vertrag, sondern für sich und der Dritte spielt in dem Vertrag nur insoweit eine Rolle, als die bedungene Leistung an ihn gemacht werden soll". Für die Unterscheidung von der indirekten Stellvertretung dagegen läßt diese Ausführung uns im Stich. Eine gewisse Ähnlichkeit des Vertrages zu Gunsten Dritter mit der indirekten Stellvertretung läßt sich in der Tat nicht leugnen. Ein deutlicher Unterschied liegt trotzdem darin, daß bei der indirekten Stellvertretung der „Vertreter dem Vertragsgegner gegenüber als selbständig und nur für sich Handelnder auftritt, während bei dem Vertrag zu Gunsten Dritter offen auf diesen Dritten Bezug genommen wird"[13]).

Ein direktes Vertragsverhältnis entsteht also durch befugte oder unbefugte Substitution an sich niemals. Um ein solches entstehen zu lassen, ist immer nötig, daß der Beauftragte neben der Übertragung der Ausführung des Auftrags mit dem Substituten einen besonderen Vertrag abschließt, der unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten hervorzurufen vermag. Dazu stehen ihm zwei Wege offen. Er kann entweder als direkter Stellvertreter des Auftraggebers auf Grund einer besonderen Vollmacht mit dem Substituten kontrahieren, oder er kann zwar im eigenen Namen mit dem Substituten abschließen aber derart, daß dieser ihm das Versprechen erteilt, daß die Leistung an den Auftraggeber erfolgen soll.

Welchen Weg wird nun die Praxis einschlagen, um im gegebenen Fall feststellen zu können, ob unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten entstanden

---

11) Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 258 4: „Unechter" und „echter" Vertrag zu Gunsten Dritter.

12) Dniestrzanski § 3 S. 47.

13) Staudinger, Vorbem. IV zu § 328 BGB.

sind oder nicht? Nehmen wir den Fall, daß zwischen A und B ein Auftragsverhältnis besteht. Aus den Umständen ergibt sich, daß die Heranziehung eines Dritten erlaubt sein soll. Über die Art und Weise der Zuziehung finden sich keinerlei Abmachungen. B, der an der Ausführung des Auftrags aus irgend einem Grunde verhindert ist, wendet sich an C und sagt: „Ich soll für A einen Auftrag ausführen, habe aber keine Zeit. Du kannst das für mich tun". Was liegt hier vor, Gehilfenschaft? Substitution? Ist die Substitution im fremden oder im eigenen Namen vorgenommen?

Im allgemeinen wird man bei Beantwortung der Frage den Willen der Parteien zu erforschen suchen. Auf welchem Wege aber kann man zu einer Erforschung des Willens der Parteien gelangen? Die Willensbildung ist ein völlig interner gedanklicher Vorgang, der sehr häufig nach außen kaum oder gar nicht erkenntlich hervortritt. Wie soll man dann aber den Willen der Parteien feststellen können?

Die Beantwortung dieser Frage wird am besten unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien erfolgen. Denn aus der Interessenlage einer Partei wird immer der Wille auf Verwirklichung dieser Interessen entspringen. Die Interessenlage wird dabei nach allgemeinen Gesichtspunkten zu beurteilen sein. In erster Linie wird man untersuchen müssen, welches Interesse auf Seiten des A bei der Erteilung des Auftrags bestimmend mitgewirkt hat. Sein Interesse kann dreifach abgestuft sein. Es kann einmal darauf gerichtet sein, daß B die übernommene Vertragspflicht erfüllt, d. h. den Auftrag ausführt, und er es nur mit B zu tun hat. Ob B sich bei Erfüllung dieser Pflicht eines Dritten bedient, ist ihm gleich. Er will jedenfalls nur mit B zu verhandeln haben. Man wird in diesem Fall die Hinzuziehung des Dritten als Gehilfenschaft beurteilen. Die Belange des A können zum andern dahin abgestellt sein, daß er es zwar nach wie vor in erster Linie mit B zu tun haben will, daß es ihm aber gleichgültig ist, wer die Ausführungspflicht als ganze übernimmt. Man wird dann dem C die Stellung eines von B im eigenen Namen bestellten Substituten einräumen können. Endlich kann es im Interesse des A liegen, daß zwar die Ausführungspflicht auch von einem anderen übernommen werden kann, daß er aber mit diesem andern auch unmittelbare Beziehungen aufnehmen will. Das wäre der Fall der Substitution in fremdem Namen, also auf dem Wege der direkten Stellvertretung.

Daneben wird eine Prüfung der Interessenlage des B

erst in zweiter Linie stattfinden können; denn es handelt sich ja um die Besorgung von Geschäften des A, dessen Interessen also auch in erster Linie Berücksichtigung finden müssen. Erst wenn auf Seiten des A die Untersuchung der Interessenlage zu keinem positiven Erfolg geführt hat, wird man für die Beurteilung billigermaßen die Interessenlage des B grundlegend machen können. Hier finden wir eine ähnliche Dreiteilung. B kann ein Interesse daran haben, die Beziehungen zu A ohne Störung durch einen Dritten aufrecht zu erhalten, und die Ausführungspflicht als solche zu behalten, sich aber bei der tatsächlichen Ausführung des C zu bedienen. C wird dann als Gehilfe anzusehen sein. Es kann aber auch den Interessen des B entsprechen, zwar die Beziehungen zu A nach wie vor zu pflegen, jedoch die Ausführungspflicht im ganzen auf B zu übertragen, also als Mittelsperson zwischen beiden zu stehen. Die Bestellung des C wird dann als Substitution im eigenen Namen zu beurteilen sein. B kann endlich weder an der persönlichen Ausführungspflicht noch an dem Erhaltenbleiben der Beziehungen zwischen ihm und A interessiert sein. Ihm kann also daran liegen, ganz aus diesem Verhältnis herauszukommen und C ganz an seine Stelle zu setzen. Das ist dann der Fall der Substitution im fremden Namen. Daneben kann es jedoch seinen Belangen entsprechen, den C nicht ganz und gar in Verbindung mit A treten zu lassen, sondern das Recht des A gewissermaßen von sich aus ins Leben zu rufen. Es wird dann ein Vertrag zu Gunsten Dritter anzunehmen sein. Praktisch wird dieser Fall allerdings kaum eine sehr große Rolle spielen, da dem B meist daran gelegen sein wird, wenn schon dann auch ganz aus dem Verhältnis zwischen A und C herauszukommen, und nicht erst einen solchen verhältnismäßig künstlichen Weg einzuschlagen.

Die Belange des C werden erst in letzter Linie Beachtung finden können, wenn also auch die Untersuchung der Interessenlage des B erfolglos für die Beurteilung verlaufen ist. Auch hier findet sich die Dreiteilung. Hat C nur ein Interesse an der Erfüllung der Ausführungspflicht des B unter dessen Anleitung, will er ihm nur helfen, so liegt Gehilfenschaft vor. Entspricht es aber seinen Interessen, zwar die Ausführungspflicht als eigene auf sich zu nehmen, aber nur mit B in Verbindung zu treten, so wird er als von B im eigenen Namen bestellter Substitut anzusehen sein. Substitution im fremden Namen wird man nur dann annehmen können, wenn es für C von Belang ist, die Ausführung des Auftrags unter direkten Beziehungen zu A zu übernehmen.

§ 7. Welche Wirkung hat das Erlöschen des Hauptauftrags auf das Bestehen der Substitution?

Als letztes in diesem Abschnitt soll untersucht werden, ob das Erlöschen des Hauptauftrages einen Einfluß auf das Bestehen des Substitutionsverhältnisses ausübt oder nicht. Irgendeine dahingehende Bestimmung enthält das BGB. nicht. Wir müssen uns daher bei Beantwortung dieser Frage ganz nach den Umständen des einzelnen Falles richten. Immerhin ist es möglich, in großen Zügen einige allgemeine Richtlinien herauszuarbeiten.

Beginnen wir mit der Substitution in fremdem Namen. Hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Erlaubnis und die Vollmacht gegeben, die Ausführung des Auftrags einem Substituten zu übertragen, und hat dieser die Substitution demgemäß im Namen und für den Auftraggeber vorgenommen, so entstehen direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten. Die beiden Beziehungen: Auftraggeber — Beauftragter und Beauftragter — Substitut sind überflüssig und fallen fort. Sie werden ersetzt durch die direkte Linie Auftraggeber — Substitut. Es gibt also gar keinen Hauptauftrag und Substitutionsauftrag mehr, sondern nur noch einen Auftrag zwischen Auftraggeber und Substituten. Daraus ergibt sich schon klar, daß ein Erlöschen des Auftragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem ursprünglich Beauftragten nach vollzogener Substitution gar keinen Einfluß auf das neue Rechtsverhältnis ausüben, geschweige denn dieses zum Erlöschen bringen kann [1]).

Hat dagegen der Beauftragte befugtermaßen den Substituten im eigenen Namen bestellt, hat er also als sogen. indirekter Stellvertreter gehandelt, so entstehen lediglich Vertragsbeziehungen zwischen Beauftragtem und Substituten. Es entsteht ein neues Auftragsverhältnis zwischen beiden, das an sich von dem Hauptauftragverhältnis unabhängig ist. Erlischt nun das Hauptauftragsverhältnis durch Tod des Beauftragten oder Widerruf, so ist das an sich auf das Bestehen des unabhängigen Substitutionsverhältnisses ohne Einfluß; dieses bleibt bestehen [2]).

---

1) Wie hier auch: Mugdan II S. 309, Kuhlenbeck, Anm. 3 zu § 673 BGB., Dernburg II 2 § 296 I 5, Cromel II § 253 I 3 *d* S. 627.

2) Mugdan II S. 309. Staudinger, Anm. 4 zu § 664 BGB., Planck, Anm. 1 *d* zu § 664 BGB., Dernburg II 2 § 296 I 5, Kuhlenbeck, Anm. 3 zu § 675 BGB., Warneyer

Anders liegt es natürlich, wenn zwischen Substituenten und Substituten ausdrücklich abgemacht ist, daß mit dem Erlöschen des Hauptauftrages auch der Substitutionsauftrag hinfällig werden soll. In diesem Fall erlischt das Substitutionsverhältnis mit dem Auftrag.

Eine solche Abmachung braucht nicht gerade ausdrücklich getroffen zu sein. Sie kann auch stillschweigend erfolgen. So wird man ihr Vorliegen regelmäßig dann annehmen können, „wenn der Substituent bei Erteilung des Auftrags an den Substituten hervorgehoben hat, daß er zur Ausführung des ihm von seinem Auftraggeber erteilten Auftrages den Substituten berufe“ [3]). Teilt der Substituent dem Substituten bei Abschluß des Vertrages ausdrücklich mit, daß er nur als Substitut bestellt werde, nicht aber sein, des Substituenten, Beauftragter sei, so wird man darin regelmäßig die Vereinbarung erblicken können, daß das Substitutionsverhältnis vom Bestehen des Hauptauftrages bedingt sein soll [4]).

Wir können also zusammenfassend sagen: In der Regel wird das zwischen dem Beauftragten und dem Substituten bestehende Rechtsverhältnis durch das Erlöschen des Hauptauftrages nicht berührt. Daß der Substitutionsauftrag von dem Bestreben des Hauptauftrages abhängig ist, wird nur dann anzunehmen sein, wenn zwischen Substituenten und Substituten eine dahingehende ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung getroffen worden ist.

---

zu § 664 BGB., Oertmann, Anm. 6 zu § 675 BGB. A. A. Crome II § 243 I 3*d* S. 627, Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 664 BGB.

3) Mugdan II S. 309.

4) Planck, Anm. 1*d* zu § 664 BGB.

III. Haftung des Beauftragten und Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Substituten.

§ 8. Art und Umfang der Haftung des Beauftragten.

In diesem Abschnitt soll uns in erster Linie die Haftung des Beauftragten für seinen Substituten beschäftigen. Haftet der Substituent für seinen Substituten? Wie weit haftet er und wie geartet ist seine Haftung?

Für den Fall der befugten Substitution sagt § 664 BGB. Abs. 1 S. 2: „Ist die Übertragung gestattet, so hat der Beauftragte nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten." Was ist nun ein solches Verschulden, das der Beauftragte zu vertreten hat?

Sehr häufig wird der Auftrag, wie schon oben § 3 der Abhandlung bemerkt, auf einem besonderen Vertrauen zu den Fähigkeiten des Beauftragten beruhen. Hat in diesem Falle der Auftraggeber seine Erlaubnis zur Übertragung der Ausführung des Auftrags gegeben, so ist es selbstverständlich, daß der Beauftragte einen Substituten mit ähnlichen Qualitäten aussuchen muß. Habe ich z. B. einen Bekannten beauftragt, auf einem Fest als Klavierspieler zu fungieren, mit der Erlaubnis, im Verhinderungsfalle einen Substituten zu erkennen, so ist mir nicht damit gedient, daß er nun einen Substituten aussucht, der lediglich Pauke zu schlagen versteht. Der Beauftragte muß also, um die Haftungsmilderung des § 664 BGB. Abs. 1 S. 2 genießen zu können, schon auf die Auswahl des Substituten besondere Sorgfalt verwenden. Damit jedoch noch nicht genug. Selbst ein Substitut mit den besten Eigenschaften, der für die zu vollbringende Geschäftsbesorgung wie geschaffen ist, kann den Auftrag nicht zur Zufriedenheit ausführen, wenn er nicht genau unterrichtet ist, wie er den Interessen des Auftraggebers zu dienen hat. Es ist also nicht genug getan damit, daß der Beauftragte sich einen geeigneten Substituten bestellt, und bei dessen Auswahl mit der größten Sorgfalt zu Werke geht. Seine Pflicht geht weiter: Er muß dem Substituten sorgfältige Auskunft

erteilen, ihn genau unterrichten über alles, was mit der Ausführung des Auftrages zusammenhängt, und muß ihm, wenn es nötig ist, auch noch ganz spezielle Anweisungen für die Ausführung geben [1]).

Doch noch eine weitere Pflicht wird man dem Beauftragten aufbürden müssen. Der Beauftragte muß dem Auftraggeber ausreichende Mitteilung über die erfolgte Substitution erteilen. Unterläßt er dies, und erleidet der Auftraggeber durch diese Unterlassung hernach Schaden, so liegt ebenfalls ein Verschulden vor, das der Beauftragte gemäß § 664 BGB. Abs. 1 S. 2 zu vertreten hat [2]).

Daß der Beauftragte den Substituten fernerhin dauernd überwachen muß, und bei Verletzung dieser Pflicht zum Schadensersatz verpflichtet sein soll, wird man jedoch nicht annehmen können. Eine solche allgemeine Überwachungspflicht ist schon aus dem Grunde abzulehnen, weil die einmal zugezogenen Substituten freier dastehen als bloße Gehilfen [3]). Freilich kann eine solche Pflicht bei Erteilung der Substitutionsbefugnis ausdrücklich durch Vertrag übernommen worden sein. Ob das der Fall ist, ist aber dann Tatfrage und ist aus den Umständen heraus zu beurteilen. Liegt eine solche neue Vertragspflicht vor, dann haftet natürlich der Substituent für allen Schaden, der aus ihrer Nichtbeachtung entsteht.

Trifft den Beauftragten aber ein Verschulden in den angegebenen Richtungen, hat er eine dieser ihm obliegenden Verpflichtungen vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, so haftet er dem Auftraggeber für den daraus entstehenden Schaden nach allgemeinen Grundsätzen. Diese Haftung ist insbesondere nicht, wie die Motive mit Recht feststellen, eine nur subsidiäre, selbst dann nicht, wenn der Beauftragte den Substituten in Vertretung und im Namen des Auftraggebers bestellt hat und hierdurch ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten ins Leben gerufen worden ist [4]) Denn es handelt sich ja hier um sein eigenes Verschulden. Daß auch den Substituten noch ein Verschulden trifft, ist gar nicht erforderlich. Dieser kann ja den

1) Oertmann, Anm. 2 zu § 664 BGB., Goldmann-Lilienthal I § 183 5, Crome II § 253 II *aa* S. 625, Kuhlenbeck I Anm. 2 zu § 664 BGB., Staudinger, Anm. 2 *b* zu § 664 BGB., Cosack und Mitteis § 213 IV 2, RGRK. Anm. 3 zu § 664 BGB., Dernburg II 2 § 296 I 4.

2) Oertmann, a. a. O.

3) Oertmann, a. a. O.

4) Motive 2 S. 532/33.

Auftrag nach bestem Können ausgeführt haben, und doch kann ein Schaden entstanden sein, eben weil er zu einer Ausführung, wie sie vom Auftraggeber verlangt wurde, gar nicht fähig war, oder weil der Substituent es schuldhaft unterlassen hat, ihm die nötigen Anweisungen zu erteilen. Dann liegt eben eine Schuld des Substituenten vor, für die dieser nach § 276 BGB. dem Auftraggeber haften muß.

Hat dagegen der Beauftragte unbefugterweise die Ausführung des Auftrags einem Dritten übertragen, sei es, daß ihm dies ausdrücklich verboten war, oder daß sich die Unzulässigkeit aus den Umständen ergeben hatte, so trifft ihn eine viel schärfere Haftung; denn durch die unbefugte Substitution verletzt der Beauftragte seine Vertragspflichten gröblich und muß demnach in vollem Umfange für die Folgen seiner Pflichtverletzung einstehen. Das will besagen, daß der Beauftragte solchenfalls dem Auftraggeber jeden Schaden ersetzen muß, von dem feststeht, daß er im Fall der unterbliebenen Substitution nicht eingetreten wäre[5]), und zwar erstreckt sich die Haftung nicht nur auf den Schaden, der durch die unbefugte Substitution adäquat verursacht worden ist. Es fällt darunter jeder Schaden, der daraus direkt oder auch nur indirekt entsteht, ja sogar der, der zufällig eintritt[6]). Eine Einschränkung muß allerdings gemacht werden. Der Beauftragte kann nicht schlechthin für allen zufälligen Schaden verantwortlich gemacht werden. Kann nämlich der Beauftragte beweisen, „daß der Schaden auch ohne die Substitution in einer Weise entstanden wäre, für die er nicht aufzukommen hat, so kann er sich damit nach allgemeinen Grundsätzen entlasten“[7]). Gelingt ihm dieser Beweis, so wird damit der zunächst anzunehmende ursächliche Zusammenhang zwischen Übertragung und Schaden ausgeschlossen[8]). Ursächlicher Zusammenhang muß aber auch beim Zufall vorhanden sein. Wollte man dieses ablehnen, so würde man die Stellung des Auftraggebers, die gewiß gegen eine unerlaubte Substitu-

---

5) Motive II S. 534, Oertmann, Anm. 2 *b* zu § 664 BGB., Goldmann-Lilienthal 1 § 183 4, Crome II § 253 I 2 *a*β, Kuhlenbeck 1, Anm. 1 zu § 664 BGB., Matthiaß § 125 III *A* 1, Dernburg II § 296 3, Planck, Anm. 1 *b* zu § 664 BGB., Staudinger, Anm. 2 *a* zu § 664 BGB., RGRK. Anm. 3 zu § 664 BGB., Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 381 I 1.

6) Crome II a. a. O., Dernburg, RGRK. a. a. O., Schollmeyer S. 121 ff.

7) Crome II § 325 Anm. 34, Schollmeyer a. a. O.

8) RGRK. Anm. 3 zu § 664.

tion wirksam geschützt werden muß, über Gebühr auf Kosten des Beauftragten stärken.

Greift aber eine Haftung des Beauftragten Platz, so ist diese genau wie oben im Falle der befugten Substitution eine Haftung für eigenes, nicht für fremdes Verschulden. Der Beauftragte haftet also auch hier nur nach § 276 BGB.

Hierneben noch eine Haftung nach § 278 BGB. konstruieren zu wollen, würde dem Begriffe des Substituten vollkommen widersprechen. Die Haftung des § 278 BGB. bezieht sich nur auf solche Personen, „deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient". Wie oben § 2 der Abhandlung hervorgehoben, bedient sich aber der Beauftragte des Substituten nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, wird der Substitut nicht tätig um eine Schuld des Beauftragten dem Auftraggeber gegenüber zu erfüllen. Der Substitut ist vielmehr selbständig handelnde Ersatzperson und zwar auch dann, wenn er vom Beauftragten im eigenen Namen bestellt ist. Den Unterbeauftragten in diesem Falle als „Hilfsperson" bezeichnen zu wollen, ist verfehlt [9]). Der Beauftragte scheidet vielmehr als Gestor aus dem Schuldverhältnis aus [10]) und der Substitut tritt an seine Stelle, kann also nicht Gehilfe im Sinne des § 278 BGB. sein. Die Haftung aus dieser Bestimmung kann folglich nicht mehr Platz greifen.

Einer solchen Auffassung widerspricht aber auch die Fassung des § 664 BGB. Hier ist im Satz 1 von der Übertragung der Ausführung des Auftrags auf einen Dritten die Rede, während Satz 3 die Hinzuziehung eines Gehilfen behandelt. Aus dieser Gegenüberstellung geht hervor, daß die beiden Institute etwas wesentlich anderes sind, und daher auch eine gegensätzliche Behandlung erfahren sollen. Sollte dennoch für den Fall der unbefugten Substitution außer der strengen Haftung noch eine solche für Verschulden der Hilfsperson gemäß § 278 BGB. eingreifen, so hätte dieses im Gesetz deutlich hervorgehoben werden müssen [11]). So aber bietet das Gesetz hierfür keinen Anhalt, spricht sich vielmehr gegen ein Nebeneinanderbestehen der beiden Haftungen aus.

Diesem Gedanken gibt auch das Reichsgericht [12]) treffend Ausdruck, indem es sagt: „Die Unterscheidung zwischen Sub-

---

9) Vgl. dazu das oben in § 2 der Abhandlung Gesagte.

10) Vgl. dazu Isay § 6 S. 115.

11) Oertmann, Anm. 2*b* zu § 664 BGB., Motive II S. 534.

12) RG. Bd. 78 S. 310 ff.

stituten und Gehilfen bedeutet einen begrifflichen Gegensatz, der es untunlich macht, den Substituten der Regel des § 278 BGB. zu unterstellen. Die Substitution bildet nicht einen Unterfall der Zuziehung von Erfüllungsgehilfen, sondern ist etwas wesentlich anderes".

§ 9. Haftet der Beauftragte nach ordnungsmäßig vollzogener Substitution für Verfehlungen des Substituten?

Im vorgehenden hat uns die Frage nach der Haftung des Beauftragten für Verfehlungen *bei* der Substitution beschäftigt. Wie nun aber, wenn der Beauftragte die Substitution ordnungsmäßig vollzogen hat, und *nachher* der Substitut durch irgendwelche Handlungen dem Auftraggeber Schaden zufügt? Haftet der Beauftragte auch für diesen Schaden, der *nach* der Substitution entsteht? Das Gesetz enthält keine Bestimmungen, die diese Frage lösen könnten.

Das Fehlen einer solchen Vorschrift wurde schon bei der Beratung des Entwurfs als unheilvoll empfunden. Aus diesem Grunde wurde der Antrag 4 gestellt: Der Antrag I Satz 2 solle lauten: „Ist dem Beauftragten eine solche Substitution gestattet, so wird er, wenn ihm in Bezug auf dieselbe ein Verschulden nicht zur Last fällt, von der Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen des Dritten dadurch frei, daß er dem Auftraggeber seinen Ersatzanspruch gegen den Dritten überträgt." Man wollte damit dem Auftraggeber einen direkten Ersatzanspruch gegen den Substituten gewähren, weil es ihm, wenn dem Beauftragten eine culpa in eligendo nicht zur Last falle, an einem Mittel fehle, sich wegen des vom Substituten zugefügten Schadens bei dem Substituenten oder dem Substituten zu erholen. Als Begründung wurde ausgeführt: Wenn es sich um die Abtretung von Ersatzansprüchen handele, so könnten doch nur diejenigen abgetreten werden, die dem Beauftragten zuständen. Der Beauftragte habe aber keinen Schaden erlitten, wenn er wie nach dem Entwurf nur für diligentia in eligendo zu haften habe, und diese prästiert habe. Die römischen Juristen versuchten diese Lücke durch den Satz auszufüllen: habebit actionem qui et ipse tenetur; tenetur autem quia agere potest. Mit vollem Recht habe der Entwurf diesen Zirkelschluß nicht aufgenommen. Man bedürfe seiner auch nicht, wenn man mit dem Antrage an den Gedanken festhalte, daß der Beauftragte, der befugterweise substituiert habe, nach dem

Inhalt des Vertrages verantwortlich bleibe und sich nur dadurch von der Haftung befreien könne, daß er den Regreßanspruch gegen den Substituten an den Auftraggeber an Zahlungsstatt abtrete. Unter dieser Voraussetzung bleibe der Beauftragte dem Auftraggeber für den diesem entstandenen Schaden verantwortlich. Dem Beauftragten stehe zufolge seines Regreßrechtes dem Substituten gegenüber ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, und der Auftraggeber werde durch Zession dieser Ersatzansprüche in die Lage gesetzt, vom Substituten Ersatz seines eigenen Schadens zu verlangen [1]). Dieser Antrag wurde abgelehnt. Zur Annahme gelangte ein anderer Antrag, der als Inhalt den heute geltenden § 664 BGB. hatte.

Ist damit diese Zweifelsfrage durch eine gesetzliche Vorschrift nicht gelöst, so bleibt der Wissenschaft und der Praxis die Aufgabe, hier einen gangbaren Weg zu finden.

So kommt Planck bei der Auslegung des § 664 zu dem Ergebnis, daß der Beauftragte auch nach vollzogener Substitution dem Auftraggeber für die Verfehlungen des Substituten verhaftet bleibe. Zur Begründung beruft er sich auf das, was der Antragsteller des Antrages 4 selbst ausgeführt hat. Der Beauftragte bleibt, wie er sagt, auch wenn er befugterweise einen Unterbevollmächtigten bestellt hat, für die Ausführung des Auftrages verantwortlich; er kann sich nur dadurch von der Haftung befreien, daß er dem Auftraggeber seine Ansprüche gegen den Substituten abtritt. Um deswillen besteht für ihn ein Anspruch gegen den Substituten [2]). Diese Ansicht Planck's ist jedoch nicht zutreffend. Für den damals eingebrachten Antrag mag diese Begründung wohl folgerichtig gewesen sein. Nachdem aber dieser Antrag abgelehnt und ein anderer mit einem abweichenden Inhalt angenommen worden ist, ist es gänzlich unmöglich, bei der Begründung seiner Ansicht, die sich auf den heute geltenden Gesetzestext stützt, sich auf den Standpunkt jenes Antragstellers stellen und sich die Ausführungen des abgelehnten Antrags zu eigen machen zu wollen. Außerdem widerspricht auch die Ansicht Planck's im Ergebnis völlig dem Texte des Gesetzes. Danach hat der Beauftragte nur ein Verschulden bei der Übertragung zu vertreten. Liegt ein solches nicht vor, so hat er seiner Vertragspflicht genügt und scheidet damit aus dem Vertragsverhältnis aus. Für eine weiter dauernde Haftung für Verfehlungen des Substituten bleibt kein

1) Mugdan, Protokolle 2 S. 944/45.
2) Planck, Anm. 1 *d* zu § 664.

Raum. Der Beauftragte haftet also über ein Verschulden bei der Auswahl, der richtigen Unterweisung des Substituten und Mitteilung an den Auftraggeber hinaus nicht für spätere schädigende Handlungen des Substituten [3]).

Diese Haftungsbeschränkung hat ihren Grund in dem schon häufig besprochenen Unterschied zwischen Gehilfenschaft und Substitution. Die letztgenannte „findet auf Gefahr des Gläubigers statt. Der Substituent trifft nämlich die Auswahl nicht für sich, sondern für den Gläubiger und statt desselben: er besorgt hiernach nicht sein Geschäft, seine Angelegenheiten, sondern das Geschäft und die Angelegenheiten des Gläubigers [4]). Schon bei den Römern galt der Grundsatz: cuius commodum eius periculum est. Hat demnach der Beauftragte den Substituten im Interesse des Auftraggebers bestellt, hat er also von der Tätigkeit des Substituten keinen Vorteil, sondern trifft dieser Vorteil nur den Auftraggeber, so geht die Geschäftsführung des Substituten auch auf Gefahr des Auftraggebers. Denn der Beauftragte hat mit der sorgfältigen Auswahl und Unterweisung des Substituten das seinige getan.

Ohne weiteres einleuchtend erscheint dies, wenn der Substituent den Substituten im Namen und an Statt des Auftraggebers bestellt hat. Bei dieser Art der Substitution entstehen ja direkte Vertragsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Substituten. Der Beauftragte scheidet aus, und kann also nicht mehr für den Substituten haften. Weitere Ausführungen darüber erübrigen sich daher. Doch auch bei der Bestellung eines Unterbeauftragten im eigenen Namen, also auf dem Wege der indirekten Stellvertretung, wird man an dem eben Gesagten festhalten müssen. Es ist demnach festzustellen, daß der Beauftragte für Verfehlungen des Substituten nach richtig vorgenommener Substitution nicht aufzukommen hat.

Danach müßte also der Auftraggeber jedes schädigende

---

3) Crome II § 253 2*aα*, Dernburg II § 296 I 4, Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 381 I 1, Cosack und Mitteis I § 213 IV 2, Goldmann-Lilienthal I § 183 V, Kohler II 1 § 6 III, 2, Oertmann, Anm. 2 zu § 664, RGRK. Anm. 3 zu § 664, Staudinger 2*b* zu § 664, Matthiaß I § 125, III *A* I, Endemann I § 173 Anm. 16, Motive II S. 532/33, Protokolle II S. 355, Kuhlenbeck I Anm. 7 zu § 278 BGB., Rümelin § 15 S. 252, Schollmeyer S. 122, RG. in Jur. Wochenschr. 1926 S. 246.

4) Unger in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 390 ff.

Verhalten des Substituten, das nicht auf mangelnder Auswahl und Instruktion durch den Beauftragten beruht, ruhig hinnehmen, ohne sich irgendwo schadlos halten zu können. Denn der Beauftragte haftet, wie wir sahen, nicht für die Verfehlungen seines Substituten. Zwischen dem Substituten und dem Auftraggeber haben aber bei Substitution im eigenen Namen niemals vertragliche Beziehungen bestanden. Gegen ihn kann der Auftraggeber also auch keine Ersatzansprüche aus Vertrag stellen. Er befände sich also eigentlich in einer recht mißlichen Lage. Auf einem Wege kann er jedoch dennoch sicher gestellt werden.

Wie oben in § 5 der Abhandlung a. E. bemerkt, hat der Beauftragte nach ordnungsmäßig vollzogener Substitution noch eine Pflicht: die Herausgabepflicht aus § 667 BGB. Hiernach muß er alles herausgeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, mithin auch alle ihm zustehenden Forderungen dem Auftraggeber abtreten. Hat er aber eine Forderung, eine Schadensersatzforderung gegen den Substituten erlangt, da dieser doch nicht seine Interessen, sondern die des Auftraggebers, also eines Dritten, verletzt hat?

Im allgemeinen wird man eine solche Schadensersatzpflicht, wie Crome richtig bemerkt, in dem Fall, daß das Schuldverhältnis im Interesse eines anderen (als des Gläubigers) eingegangen ist, und der Gläubiger seinerseits kein persönliches Interesse an der gehörigen Leistung hat, allerdings nicht annehmen können. Das würde die Verkehrssicherheit allzusehr gefährden [5]). Sie ganz abzulehnen würde aber m. E. auch wieder zu weit führen, und ebenfalls eine Unsicherheit im Rechtsverkehr hervorrufen.

Es ist davon auszugehen, daß der Substituent mit dem Substituten einen Vertrag schließt, daß also zwischen beiden ein Schuldverhältnis entsteht. In diesem Schuldverhältnis hat der Substituent jedoch nicht für sich, sondern im Interesse eines Dritten, des Auftraggebers, aber immerhin im eigenen Namen kontrahiert. In diesem Falle gilt er, der Substituent, als Vertragspartei. Etwaige Ansprüche des Substituten richten sich nur gegen ihn. Daß er für einen andern gehandelt hat, kommt im Verhältnis zum Substituten nicht in Betracht. Will er nun aber den Schuldner, den Substituten, in Anspruch nehmen wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung, so soll dieser sich von der Schadensersatzpflicht befreien können durch den Hinweis, daß ja nicht das Interesse des Substituenten verletzt sei, sondern das eines Dritten, der ihm

5) Crome II § 151 II 3.

gegenüber keine Vertragspartei ist? Das würde doch jedem Billigkeitsgefühl, jedem Grundsatz von Treu und Glauben, unter dem doch das ganze Schuldrecht steht, widersprechen. Der Substitut könnte sich damit ja jeder Vertragspflicht entziehen, aber jederzeit den Substituenten in Anspruch nehmen, der sich nicht mit gleichem Erfolge auf das fremde Interesse berufen kann. Könnte sich der Substitut so haftlos von jeder Verpflichtung freimachen, so würde damit dem Schuldverhältnis seine stärkste Fessel entzogen werden, ja es würde ganz aufhören, ein rechtliches Verhältnis (iuris vinculum) zu sein[6]). Ist der Substitut einmal in ein Schuldverhältnis eingetreten, hat er somit den Willen gezeigt, sich rechtlich zu verpflichten, muß er auch für die ordnungsmäßige Erfüllung einstehen. Hat er durch seine Handlungen das Interesse des Dritten verletzt, so ist er auch zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet, gleichgültig ob er gewußt hat, daß der Gläubiger kein eigenes Interesse hat, oder nicht. Der Substituent kann demnach auch für den Schaden, den der Dritte, sein Auftraggeber, erlitten hat, Ersatz verlangen[7]). Eine besondere, aus den Verhältnissen des Dritten sich ergebende Erhöhung des Schadens wird jedoch dann außer Acht bleiben müssen, wenn der Substitut nicht gewußt hat, daß das Geschäft im Interesse jenes Dritten abgeschlossen worden war. Wollte man diese besondere Schadenserhöhung berücksichtigen, so würde das eine Unbilligkeit gegen den Ersatzpflichtigen sein, der ja nur mit dem normalen Schaden und den Verhältnissen seines Gläubigers rechnen konnte und brauchte[8]). Die Schadensersatzpflicht des Substituten wird demnach nur nach den Vorschriften der §§ 252, 254 BGB. zu beurteilen sein. Der Substitut wird also nur auf den „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintretenden Schaden, wie er allgemein aus der fraglichen Handlung entstehen würde[9]), zu haften haben. Es wird ferner neben dem mitwirkenden Verschulden des Substituenten stets auch das des Auftraggebers zu berücksichtigen sein. Läßt man den Substituten in der angegebenen Weise haften, gibt man dem Substituenten einen Schadensersatzanspruch auch für den seinem Auftraggeber entstandenen Schaden, so trägt man damit einem drin-

6) Crome II § 151 II 3.

7) Wie hier Crome a. a. O. Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 237 I, RGRK. Anm. 3 zu § 249 BGB. Vgl. dazu auch die zutreffenden Ausführungen von Tuhr's bei Grünhut Bd. 25 S. 529 ff.

8) Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O.

9) Crome II § 151 II 3.

genden Verkehrsbedürfnis Rechnung. Eine solche Schadensersatzpflicht des Substituten ist in der Praxis durch eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt[10]).

Steht aber dem Substituenten gegen den Substituten ein Schadensersatzanspruch zu, so kann er diesem auch seinem Auftraggeber zur Geltendmachung abtreten. Hierzu ist er auf Grund der allgemeinen Herausgabepflicht des § 667 BGB. sogar verpflichtet[11]).

Zusammenfassend können wir demnach noch einmal feststellen: Nach ordnungsmäßig vollzogener Substitution ist die Haftung des Beauftragten für fernere Verfehlungen des Substituten erloschen. Er wird aus dem Auftragsverhältnis frei, hat allerdings vorher seiner Herausgabepflicht aus § 667 BGB. zu genügen, d. h. er muß dem Auftraggeber seine Ersatzansprüche gegen den Substituten abtreten. Diese Verpflichtung entspringt nicht der Haftung für den Substituten, sondern ist nur ein Teil der allgemeinen Vertragspflichten aus dem ursprünglichen, zwischen Auftraggeber und Beauftragten bestehenden Auftragsvertrag.

§ 10. Kann der Auftraggeber mit seinem Schadensersatzanspruch direkt gegen den Substituten vorgehen?

Wie im vorigen ausgeführt, haftet der Beauftragte nur für Verschulden bei der Übertragung. Fällt ihm ein solches nicht zur Last, hat er also den Substituten sorgfältig ausgesucht, ihn genau unterrichtet und ihm genaue Anweisungen erteilt, so haftet er nicht für dessen weitere Verfehlungen. Kann der Auftraggeber nun etwa Ersatz für den durch die Handlungen des ordnungsmäßig bestellten Substituten erlittenen Schaden direkt von diesem verlangen?

Hat der Beauftragte den Substituten im fremden Namen, im Namen und als Vertreter des Auftraggebers bestellt, so entstehen, wie schon gesagt, direkte Vertragsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Substituten. Der Auftraggeber kann also bei schädigendem Verhalten des Substituten, seines Vertragsgegners, unmittelbar von diesem Schadensersatz verlangen.

---

10) Vgl. RG. in Ziv. S. Bd. 12 S. 11 ff. 27 S. 125, 40 S. 174 und 187 ff., 58 S. 42, 93 S. 40, 116 S. 330.

11) So Staudinger Anm. 3 zu § 664 BGB., Goldmann-Lilienthall § 183 Anm. 4, im Ergebnis auch richtig Oertmann Anm. 4 zu § 664 BGB., a. A. Hölder in „Das Recht" Bd. 12 S. 471.

Hat der Beauftragte den Substituten aber im eigenen Namen, also als indirekter Stellvertreter des Auftraggebers bestellt, so entstehen zwischen dem letztgenannten und dem Substituten keinerlei unmittelbare Rechtsbeziehungen. Folglich kann also der Auftraggeber an sich auch keine Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzung gegen den Substituten geltend machen. Eine Vorschrift, die dessen ungeachtet ausdrücklich eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Substituten gegenüber dem Auftraggeber festsetzt, haben wir im BGB. nicht. Der dahingehende Antrag 4[1]), der in der zweiten Kommission gestellt wurde, wurde abgelehnt, mit der Begründung: in modernen Gesetzen werde vielfach allgemein eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Substituten gegenüber dem Auftraggeber statuiert, und deshalb dem letzteren ein unmittelbares Klagerecht gegen den Substituten zugesprochen, zum Teil allerdings auf Grund einer cessio ficta. Jene weitergehende Anschauung könne nicht gebilligt werden, eine cessio ficta sei dem Entwurfe als Prinzip überhaupt fremd; sie hier zur Hilfe zu nehmen bestehe im Hinblick auf die auch die Zession der Ansprüche des Beauftragten gegen den befugterweise bestellten Substituten umfassende Vorschrift des § 592 (§ 667 BGB.) kein Bedürfnis[2]).

Wie im vorhergehenden Paragraphen dargestellt, steht dem Beauftragten ein Anspruch gegen den Substituten auf Ersatz des Schadens zu, den dieser dem Auftraggeber zufügt[3]). Allerdings kann der Beauftragte die Leistung des Schadenersatzes nicht an sich verlangen, er kann vielmehr den Substituten nur zur Entschädigung des Auftraggebers anhalten[4]). Tritt der Beauftragte diesen Schadensersatzanspruch an seinen Auftraggeber ab, — dazu ist er infolge seiner Herausgabepflicht aus § 667 BGB. verpflichtet — so kann der Auftraggeber nunmehr unmittelbar klagend gegen den Substituten vorgehen[5]). Daß dieser Anspruch aber ohne weiteres auf Grund einer cessio ficta auf den Auftraggeber übergehen soll, führt zu weit[6]). Eine solche ist, wie

1) Vgl. darüber das oben § 9 der Abh. a. A. Gesagte.
2) Motive II S. 533.
3) § 9 der Abh., a. A. Endemann I § 185 Anm. 19.
4) v. Tuhr bei Grünhut Bd. 25 S. 567.
5) Mit dieser Einschränkung hat Kuhlenbeck I Anm. 2 zu § 664 BGB. recht, wenn er sagt, daß das BGB. ein unmittelbares Klagerecht des Auftraggebers gegen den Substituten nicht kennt.
6) Auf diesem Standpunkt scheint auch v. Tuhr bei Grünhut Bd. 25 S. 529 ff. zu stehen.

die Motive richtig bemerken [7]), dem BGB. im Prinzip fremd. Eine Ausnahme muß aber im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen sein. Das ist jedoch im BGB. an dieser Stelle nicht geschehen. Der Auftraggeber kann sich daher den Anspruch lediglich auf Grund des § 667 BGB. abtreten lassen. Gegebenenfalls muß er auch auf Abtretung gegen den Beauftragten klagen. Nur auf diesem Umwege über § 667 BGB. ist also ein Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten anzuerkennen.

Will der Auftraggeber diesen Weg nicht beschreiten, so kann er gegen den Substituten Ansprüche lediglich gemäß §§ 821, 823 BGB. geltend machen [8]).

Kann der Auftraggeber aber außerdem gegen den Substituten nicht direkte Ansprüche aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 ff. BGB. geltend machen? Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmungen. Bei der Beratung der 2. Kommission wurde der § 760 des Entwurfs, der auf diese Frage eine Auskunft geben wollte, gestrichen. Als Begründung wurde angeführt „daß, wenn jemand ein fremdes Geschäft im Auftrag eines Dritten besorge, allerdings ein Verhältnis entstehe, das zu Zweifeln Anlaß geben könnte. Daß aber die Klarstellung dieses Verhältnisses bei der geringen praktischen Bedeutung des Falles zweckmäßig der Wissenschaft überlassen werde" [9]). Allerdings erkannten schon die Motive die Möglichkeit an, daß der Geschäftsführer in der Absicht gehandelt habe, nicht allein das Mandat zu erfüllen, sondern zugleich als Geschäftsführer des Geschäftsherrn zwischen diesem und sich rechtliche Verpflichtungen aus der Geschäftsführung ins Leben zu rufen. Diese Absicht bedürfe allerdings besonderen Nachweises. Grundsätzlich werde man aber immer von der Vermutung ausgehen müssen, daß — von Deliktsfällen abgesehen — nur zwischen dem Substituten und dem Substituenten Rechtsbeziehungen entstehen könnten [10]).

Über die Frage, ob mit den Beziehungen aus dem Auftragsverhältnis auch solche zwischen Substituten und Auftraggeber aus Geschäftsführung ohne Auftrag konkurrieren können oder nicht, besteht in der Wissenschaft nicht völlige Einstimmigkeit.

---

7) Motive II S. 533.

8) Dieser Hinweis mag hier genügen. Ein Eingehen auf diese speziellen Gebiete würde den Rahmen der Arbeit überschreiten.

9) Protokolle II S. 741.

10) Motive II S. 869 § 760.

Kein Zweifel besteht allerdings darüber, daß das zwischen dem Substituenten und dem Substituten bestehende Auftragsverhältnis das Entstehen eines Gestionsverhältnisses zwischen diesem und dem Auftraggeber nicht hindert. Es kommt in erster Linie darauf an, daß der Substituent dem Auftraggeber gegenüber nicht irgendwie zur Geschäftsführung berechtigt oder verpflichtet ist[11]).

Zu weit geht aber die Ansicht Hupka's, daß eine Konkurrenz stets vorliege. Wenn auch der Substitut auf Veranlassung des Substituenten und im Hinblick auf dessen Mandat tätig werde, so sei doch das ihm übertragene Geschäft materiell nicht ein Geschäft des Substituenten, sondern ein Geschäft des Prinzipals, das der Substituent selbst für diesen zur Ausführung übernommen habe. Der Substitut sei (beauftragter) Geschäftsführer des Substituenten, insofern er eine diesem obliegende Geschäftsführung an seiner Statt vollziehe; insofern aber das ausgeführte Geschäft selbst nicht den Substituenten, sondern den Prinzipal betreffe, sei er zugleich negotiorum gestor des letzteren[12]).

Man kann doch den Substituten nicht so ohne weiteres in direkte Vertragsbeziehungen zum Auftraggeber bringen, obgleich er unter Umständen gar nicht gewußt hat, daß er Geschäfte nicht des Substituenten, sondern eines ihm ganz fremden Dritten besorge, und auch gar nicht die Absicht dazu gehabt hat.

Man wird vielmehr ein Konkurrieren beider Rechtsverhältnisse nur dann annehmen können, wenn außer dem Fehlen einer Berechtigung und Verpflichtung zum Handeln die weiteren Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 BGB. vorliegen. Es muß sich demnach um eine Geschäftsbesorgung handeln. Der Geschäftsführer muß diese Geschäftsbesorgung „für einen andern", in dessen Interesse, für dessen Rechnung vornehmen. Daneben kann der Geschäftsführer allerdings mit der Geschäftsbesorgung auch eigene Interessen verfolgen, ohne daß dadurch der Begriff der negotiorum gestio ausgeschlossen wird[13]). Not-

---

11) So Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 385 II 3, Staudinger Anm. 2c zu § 677 BGB., Kohler II 1 § 164 V 3, Dernburg II 2 § 299 I 3, Goldmann-Lilienthal 1 § 188 I 5; RGRK. Anm. 3 zu § 677 BGB., Crome II § 255 Note 1, Oertmann, Vorbem. 5 zu § 677 BGB., Schollmeyer S. 127, Hupka § 20 S. 360 ff.

12) Hupka § 20 S. 360.

13) Kohler II 1 § 164 V 3. Loewenwarter zu § 677

wendig ist dagegen immer, daß der Gestor in der Absicht gehandelt hat, ein fremdes Geschäft, hier das des Auftraggebers, zu führen[14]). Es genügt demnach nicht, wenn der Substitut ein gegenständlich (objektiv) fremdes Geschäft führt z. B. Reparaturen an einer fremden Sache vornimmt. Werden solche Geschäfte, die sich schon äußerlich als fremde darstellen, von einem anderen als dem Eigentümer vorgenommen, und weiß dieser, daß durch seine Tätigkeit die Interessen des wahren Eigentümers gefördert werden, so wird man allerdings regelmäßig annehmen können, daß der Handelnde für einen anderen, nämlich den Eigentümer, hat tätig werden wollen[15]). Unbedingt erforderlich ist dieser Wille, ein fremdes Geschäft zu führen, bei den subjektiv fremden Geschäften, z. B. bei Bestellung einer Ware für den Auftraggeber. Für ein bloßes Bewußtsein einer vorhandenen Fremdheit ist hier, da sie erst durch die Willensrichtung ihrerseits geschaffen werden soll, kein Raum[16]).

In jedem Fall muß, damit Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen werden kann, festgestellt werden, daß der Geschäftsführer wirklich die Absicht gehabt hat, für einen anderen zu handeln. Hinzukommen muß allerdings noch, daß dieser Wille nicht völlig intern geblieben ist, sondern irgendwie nach außen hin erkennbar geworden ist. Hat also der Substitut erkennbar das Bewußtsein und die Absicht — deren Vorliegen allerdings manchmal sehr nahe liegt — gehabt, das Geschäft nicht für seinen Substituenten, sondern für den Auftraggeber zu besorgen, so kann der Auftraggeber den Substituten direkt aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch nehmen, und zwar stehen dem Auftraggeber diese Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Substituten auch dann zu, wenn der Erstbeauftragte zur Substitution weder durch ausdrücklich erteilte Erlaubnis, noch durch die veränderten Umstände befugt war. Erforderlich ist lediglich, daß auf Seiten des Beauftragten sämtliche Voraussetzungen gemäß § 677 BGB. vorliegen.

BGB. RG. in Gruch.-Beitr. Bd. 54 S. 976, RG. in JW. 1927 S. 1364.

14) Planck Anm. 2 *b* zu § 677 BGB., Staudinger Anm. 2 *b* zu § 677 BGB., RGRK. Anm. 2 zu § 677 BGB., RG. in JW. 1926 S. 2921, RG. Bd. 84 S. 390, Bd. 102 S. 39, OLG. Bd. 20 S. 243, a. A. Dernburg II § 299, 3.

15) Planck, Anm. 2 *b* zu § 677 BGB., Oertmann, Vorbem. 3 *c* zu § 677 BGB.

16) Oertmann a. a. O.

IV.

§ 11. Ansprüche des Substituten gegen den Auftraggeber.

Den Schluß der Abhandlung soll eine Darstellung der Ansprüche des Substituten gegen den Auftraggeber bilden. Wofür kann der Substitut Ersatz verlangen, und kann er sich überhaupt mit seinem Ersatzanspruch an den Auftraggeber wenden?

Wie im ersten Paragraphen der Arbeit angeführt stehen neben den Rechten des Auftraggebers nur eine recht geringe Anzahl von Pflichten gegenüber dem Beauftragten. Eine der bedeutendsten Verpflichtungen des Auftraggebers ist die des § 670 BGB.: „Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet". Der Auftraggeber hat danach dem Beauftragten also alle Aufopferungen aus seinem Vermögen zu ersetzen, die dieser zum Zwecke der Ausführung gemacht hat. Allerdings mußte er sie den Umständen nach für erforderlich halten dürfen. Die Beurteilung der Frage, ob die Aufwendungen erforderlich waren oder nicht, soll dabei nicht von einem objektiven Standpunkt aus vorgenommen werden. Es ist vielmehr ein subjektiver Maßstab anzulegen. Entscheidend ist also, ob der Beauftragte diese Aufwendungen „bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt den Umständen nach für erforderlich halten durfte" [1]). Von diesem Gesichtspunkt aus kann der Beauftragte, der zum Zwecke der Ausführung des Auftrags eine Verbindlichkeit eingegangen ist, auch Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen [2]).

Eine wichtige und in der Literatur stark umstrittene Frage ist es dabei, ob der Auftraggeber dem Beauftragten den Schaden zu ersetzen hat, den dieser bei Ausführung des

---

1) Staudinger Anm. 2 zu § 670 BGB., Crome II § 252 III 2, Planck Anm. 3c zu § 670 BGB., Enneccerus-Kipp-Wolff I 2 § 382 2, Matthiaß § 125 IV *B*, Mugdan, Motive II S. 303.

2) Staudinger Anm. 4 zu § 670 BGB.

ihm übertragenen Geschäfts erlitten hat[3]). Das Gesetz gibt auf diese Frage keine Antwort[4]). Um in diesem Punkte Klarheit zu schaffen, wurde bei der Beratung in der zweiten Kommission ein Antrag eingebracht: „Für Verluste, die der Beauftragte aus Gefahren erleidet, die nach dem (bestimmten) Inhalt des Auftrags mit der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind, hat der Auftraggeber dem Beauftragten Ersatz zu leisten." Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt mit der Begründung: die Entscheidung der Frage werde wesentlich davon abhängen, ob und inwieweit die Vertragschließenden den erlittenen Schaden als voraussehbar oder wenigstens als denkbar in den Kreis ihrer Rechnung gezogen haben. Handle es sich um einen Schaden, an den beide Teile oder der Beauftragte allein gedacht habe, so entspreche es der Verkehrsauffassung, dem Beauftragten, weil er trotz Kenntnis der ihm möglicherweise drohenden Gefahr den Auftrag übernommen habe, auch das Risiko des übernommenen Auftrags aufzuerlegen. Habe dagegen nur der Auftraggeber gewußt, daß der Beauftragte sich bei Ausführung des Auftrags möglicherweise gewissen Gefahren aussetze, und habe er es unterlassen, den Beauftragten hierauf aufmerksam zu machen, so verletze er eine Pflicht, welche ihm der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegende Auftragsvertrag auferlege, und die Rechtsprechung werde nicht anstehen, den Auftraggeber zum Ersatz des durch diese Gefahr verursachten Schadens für verpflichtet zu erklären[5]). Dieser Ansicht folgt, m. E. mit Recht, die herrschende Meinung. Einmal ist der Schaden, den der Beauftragte erleidet, nicht als „Aufwendung" gemäß § 670 BGB. anzusehen, da unter Aufwendungen nur freiwillige Vermögensminderungen auf Seiten des Beauftragten zu verstehen sind. Zum andern steht aber das BGB. auf dem Standpunkt, daß eine Schadensersatzpflicht grundsätzlich nur bei Verschulden des Ersatzpflichtigen Platz greift. Man wird demnach den Auftraggeber nur dann zum Ersatz des dem Beauftragten entstandenen Schadens für verpflichtet erklären können, wenn

3) Vgl. des einzelnen darüber F. Böckel, Die Schadensersatzpflicht des Auftragsgebers gegenüber dem Beauftragten, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96 S. 376 ff.

4) Mugdan, Motive II S. 303: „In Ansehung der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen hat, den der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags durch Zufall erleidet, kann wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden."

5) Protokolle II S. 367 ff.

ihn ein Verschulden trifft. Liegt daneben noch ein Verschulden des Beauftragten vor, so beurteilt sich die Frage nach der Schadensersatzpflicht aus § 254 BGB. Allerdings kann eine weitergehende Abkunft (Garantie) unter den Parteien vereinbart werden[6]).

Trifft eine derartige Aufwendungs- und Schadensersatzpflicht den Auftraggeber nun auch gegenüber dem Substituten? Diese Frage wird nach den einzelnen Arten der Substitution verschieden beantwortet werden müssen.

Hat der Beauftragte den Substituten im Namen und als Bevollmächtigter des Auftraggebers ernannt, so entstehen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten direkte Vertragsbeziehungen. Es entsteht damit ein Auftragsverhältnis unmittelbar zwischen diesen beiden. Auf Grund dieses neuen Auftragsverhältnisses ist der Auftraggeber dem Substituten gegenüber auch zum Ersatz der Aufwendungen und des erlittenen Schadens gemäß den vorstehenden Ausführungen verpflichtet.

Anders ist es, wenn der Beauftragte mit dem Substituten einen Vertrag zu Gunsten des Auftraggebers abgeschlossen hat. In diesem Fall ist nur der Substituent im Verhältnis zum Substituten als Auftraggeber anzusehen. Der Substitut kann also auch nur von ihm Ersatz der Aufwendungen und Schäden verlangen. Diese als Aufwendungs- resp. Schadensersatz gezahlte Summe kann gegebenenfalls der Substituent seinerseits dem ursprünglichen Auftraggeber gegenüber als ihm zu ersetzende Aufwendung geltend machen. Diesen seinen Anspruch gegen den Auftraggeber kann der Substituent seinem Substituten abtreten, und ihn, der an sich ja keinen direkten Anspruch gegen den Auftraggeber hat, auf diesem Umwege die Stellung eines unmittelbar Ersatzberechtigten dem Auftraggeber gegenüber verschaffen. Es sei noch darauf hingewiesen, daß auch ohne diese Abtretung der Substitut einen Druck auf den Auftraggeber hinsichtlich des Aufwendungsersatzes an den Substituenten auszuüben vermag. Liegt nämlich ein echter Vertrag zu Gunsten des Auftraggebers vor, aus dem der Auftraggeber unmittelbar ein Recht auf die Leistung gewinnt, so kann der Substitut die Leistung dem

---

6) Staudinger, Anm. 6 zu § 670 BGB., Planck, Anm. 5 zu § 670 BGB., Loewenwarter zu § 670 BGB., F. Böckel a. a. O., Matthiaß, § 125 IV C, Reichsgericht Bd. 64 S. 169 ff., 98 S. 199, Jur. Wochenschr. 1927 S. 1276 (OLG. Kassel), a. A. Crome II § 252, III, 2, Dernburg II § 297 III, Enneccerus-Kipp-Wolff, I 2, § 382 3, 4.

Auftraggeber gegenüber gemäß § 334 BGB. solange verweigern, bis er durch seinen Substituenten Ersatz seiner Aufwendungen und Schäden, soweit das angängig ist, erhalten hat. Um diese Einwendung aus der Welt zu schaffen, wird der Auftraggeber dem Substituenten Aufwendungsersatz leisten und seinerseits darauf dringen, daß dieser nunmehr schleunigst den Substituten befriedigt.

Hat der Beauftragte den Substituten dagegen in eigenem Namen bestellt, oder war die Erlaubnis zur Substitution überhaupt gar nicht gegeben, so kann sich der Substitut nur an den Substituenten als seinen Auftraggeber halten. Ihm gegenüber ist nur dieser zum Ersatz verpflichtet. Ist Substitutionsbefugnis gegeben, so kann der Substituent die Ersatzsumme allerdings wiederum eventuell als Aufwendung von seinem Auftraggeber ersetzt verlangen. Auch hier kann der Substitut auf Grund einer Abtretung der Ansprüche des Substituenten den Auftraggeber direkt in Anspruch nehmen. Liegt eine solche Befugnis aber nicht vor, so versagt auch dieses. Der Substituent wird dann kaum Ersatzansprüche aus der Substitution gegen den Auftraggeber geltend machen können, da ein Erfordernis auch vom subjektiven Standpunkt regelmäßig abzulehnen sein wird. Stehen dem Substituenten aber keine Ansprüche gegen den Auftraggeber zu, so kann er sie auch nicht abtreten. Der Substitut kann sich demnach nur an den Substituenten halten.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. März 1906 in Rostock in Mecklenburg geboren. Vom Herbst 1912 bis zum Herbst 1915 besuchte ich die Vorschule von Fräulein Paschen in Rostock, dann das Gymnasium zu Rostock, das ich am 10. September 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte vom Wintersemester 1924/25 bis zum Sommersemester 1926 in München, und zwar die ersten 2 Semester Volkswirtschaft. Vom Wintersemester 1925/26 ab studierte ich Rechtswissenschaft. W.S. 1926/27 und S.S. 1927 war ich in Freiburg i. B. Den Rest meines Studiums verbrachte ich in Rostock, wo ich am 4. März 1929 mein Referendarexamen bestand. Zur Ausbildung im Vorbereitungsdienst war ich bis zum 22. Dezember 1929 am Amtsgericht Bad Doberan, bis zum 22. März 1930 beim Rat der Seestadt Rostock und bis zum 22. Juni d. J. beim Finanzamt Rostock-Land. Gegenwärtig befinde ich mich beim Mecklenburg-Schwerinschen Amt Rostock.